

بسم الله الرحمن الرحيم

شرح

العلامة أحمد بن زياد الأبهمي الديماني

ت ١٣٢٢ هـ

على نظم

المنهج المنتخب في أصول المذهب

للشيخ علي بن قاسم الزقاق

ت ٩١٢ هـ

وهو اختصار لشرح السجلما سي على النظم المذكور

ت ١١٨٧ هـ

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين اللهم صل على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم
تسليماً.

أما بعد فهذا تعليق اختصرته من شرح السجل ماسي لنظم أبي الحسن علي بن
قاسم التجيبي نسبا الفاسي المشتهر بالزقاق المتوفى عام اثني عشر بعد
تسعمائة الآخذ عن القوري وغيره من أهل فاس وعن العلامة أبي عبد الله
المواق من أهل غرناطة من الأندلس وغيره المسمى بالمنهج المنتخب إلى
قواعد المذهب.

١ يقول نجل قاسم علي عبيد ربه هو العلي

نفى عن نفسه العلو المفهوم من اسمه بالتصغير وبحصر العلو على ربنا
تعالى؛ وجملة هو العلي معترضة بين القول ومحكية وهو قوله:

٢ حمد الإله ربنا يقدم والقول مهما لم يقدم أجزم

أراد بالقول المقول؛ والأجزم لغة المقطوع اليد وجذمت الشيء قطعه،
وأشار إلى ما أخرجه أبو داود وابن ماجه وابن عوانة من طريق أبي
هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: (كل أمر ذي بال لم يبدأ فيه بالحمد لله وفي
رواية بذكر الله فهو أجزم) ويروى أخذج وأقطع وأبتر؛ أي غير مكمل
المقاصد المعترضة شرعا.

٣ أحمده حمدا كثير العدد مصليا على الهدى محمد

٤ وآله وصحبه والتابعين وأهل طاعة الإله أجمعين

الصواب كما لابن هشام في المغني أن الصلاة بمعنى واحد وهو العطف؛
بالنسبة إلى الله تعالى الرحمة وإلى الملائكة استغفار وإلى الأميين دعاء
بعضهم لبعض؛ والهدى في الأصل مصدر هداه يهديه وسمي به صلى الله
عليه وسلم على سبيل المبالغة، وآله صلى الله عليه وسلم في محل الصلاة
أقاربه المؤمنون من أي قرابة كانوا مراعاة للإطلاق اللغوي كما للشاوي
في حواشي المرادي، وأما في محل الزكاة ففي بني هاشم خاصة.

- ٥ وبعد فالقصد بهذا الرجز نظم قواعد بلفظ موجز
 ٦ مما انتمى إلى الإمام ابن أنس وصحبه وما لديهم من أسس
 ٧ مع نبذ مما عليه قررا أومي لها فقط كي أختصرا

القواعد: جمع قاعدة وهي الأصل والضابط والقانون، وهو الأمر الكلي المنطوي على جزئيات لتعرف منه أحكامها. والأسس بضممتين: جمع أساس بالفتح بمعنى القاعدة أيضا وهو هنا بفتحيتين مقصور من المفرد. والنبذ بضم ففتح: جمع نبذة وهي الطرف من الشيء، والمراد به هنا الفروع والضمير في عليها للأساس وهو متعلق بقرر، وقط اسم فعل بمعنى اكتف أي اكتف بالإيماء عن التصريح، وهو هنا بضم الطاء مخففا ولا تسكن هنا وإن كان السكون أفصح الوزن.

- ٨ أفصله كما يليق بالفصول إذ هو أقرب لطالب الوصول

وفي نسخة بدل الشطر الأخير:

في غالب ما لم يكن جمع الفصول
 أي أفصله بالفصول كما يليق في الغالب، كفصل الطهارة والصلاة والزكاة، ما لم تجمع الأصول فروعا من أنواع فلا تفصل حتى يكملها، فجمع مصدر مضاف إلى الفاعل، وقد وقع في بعض النسخ عوضه أيضا:
 أن عدم التضمين أو جمع الأصول
 أي تضمين الأصل فروعا من أنواع فلا يفصل حتى يكملها.

- ٩ وبعد أن يكمل إن شاء الإله أتبعه شرحا مبينا لحلاه

الحلى: جمع حلية وهي الصفة الحسنة واستعارها للمعاني، وهذا وعد منه رحمه الله تعالى بالشرح وقد توفي قبل إكماله يعني الشرح، قال ولده أحمد: وقد رأيت منه أوراقا بخط المؤلف أجاد فيها وليته أكمله انتهى.

- ١٠ فمن أراد كتبه منفردا فغير ممنوع له ما قصدا
 ١١ ومن أراد أكمل الغايات لم يفصل الشرح عن الأبيات
 ١٢ سميته بالمنهج المنتخب إلى أصول عزيز للمذهب

المنهج بالقصر ويمد أي المنهاج الطريق الواضح، والمنتخب: المختار، والمراد بالمذهب الذي عزيت له : مذهب الإمام مالك.

١٣ والله ينفع به من حصله بحفظ أو فهم وشيئا عن له

وشيئا: عطف على الضمير البارز في حصله؛ والواو بمعنى أو، وجملة عن له - أي عرض - صفة للمعطوف؛ أي والله ينفع به من حصله جميعا أو حصل شيئا منه، مثل أن يحتاج إلى مسألة تعرض له فيحصلها منه، والجملة خبرية لفظا طلبية معنى.

١٤ فمن أجاد مقولا سد الخلل والتمس المخرج لا أخطا بطل

أي من أحسن من جهة لسانه سد الوهن الكائن في هذا الكتاب بالتلطف وحسن التأويل؛ لا بقوله أخطأ المؤلف أو بطل كذا وما أشبه ذلك.

١٥ إذ جاء شر الشر عن خير البشر من لا يقبل عشرة لمن عثر

أي شر ذوي الشر؛ فشر الأولى أفعل التفضيل بحذف الهمزة وهو الأفصح فيه والثاني مصدر، وقد نقل من خط الناظم أنه أشار بهذا إلى ما في الحديث؛ قال المنجوري: وهو من طريق عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال: ((قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إلا أخبركم بشراركم من نزل وحده ومنع رفته وجلد عبده - وفي رواية وضرب - ألا أخبركم بشر من ذلكم من يبغض الناس ويبغضونه ألا أخبركم بشر من ذلكم من لا يقبل عشرة ولا يقبل معذرة ألا أخبركم بشر من ذلكم من لا يرجي خيره ولا يؤمن شره)) اهـ

١٦ فقلما ينجو الذي قد صنفا من هفوة وعثرة من ألفا

الهفوة: الزلة، والعثرة: السقطة، والمصنف: من جعل العلم أصنافا كالطهارة والصلاة والبيوع، والمؤلف: من زاد عليه بمراعاة الألفة بين الأصناف، أو هما بمعنى، قال المنجوري: الأقرب من جهة المعنى أن تجعل أو عاطفة لمن ألف على من صنفا عطف خاص على عام، وعثرة: مجرورة بمن محذوفة متعلقة بألف وإن كان غير مقيس، والتقدير: فقل نجاة مصنف من

هفوة وقل نجاة مؤلف من عثرة، ويصح أن يكون عثرة معطوفا على هفوة كما هو الظاهر من اللفظ، ومن ألف بدل بعض من قوله من صنف إن استعمل التصنيف فيما هو أعم كما هو حقيقة، أو بدل إضراب إن استعمله فيما هو مباين للتأليف؛ وكأنه يقول بل قلما ينجو من ألف الذي له شغوف ومزية على من صنف. وكثيرا ما هاب الناس التأليف حتى قيل: من ألف فقد استهدف - أي جعل نفسه هدفا أي غرضا - فإن أجاد فقد استعطف وإن أخطأ فقد استقذف، أي طلب أن يقذف أي يرمى بقول.

١٧ والله ربنا يقي من الخطل بجاه من عصمه من الزلل

١٨ المجتبي من خير أصناف الأمم بحبوحه العلم وينبوع الحكم

الخطل: الخطأ؛ يقال خطل في كلامه وأخطل أخطأ، والجاه: المنزلة، والعصمة بالكسر لغة المنع؛ واصطلاحا صفة توجب الحكم بامتناع عصيان موصوفها، والزلل: الخطأ، والمجتبي: المختار، والأصناف: الأنواع، والأمم: جمع أمة وهي هنا جماعة الناس، والبحبوحه: وسط المحلة وهي معظمها، والينبوع: العين، والحكم: جمع حكمة، واختلف في تفسيرها في قوله تعالى: يُؤْتِي الْحِكْمَةَ مَنْ يَشَاءُ وَمَنْ يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا: فقيل هي الإصابة في القول والفعل، وقيل هي معرفة الأشياء كما هي بقدر الطاقة البشرية، وقيل علم الشرائع والأحكام، وقيل كل كلام وافق الحق، وإنما توسل بجاهه صلى الله عليه وسلم لما روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: ((توسلوا بجاهي فإن جاهي عند الله عظيم)) وإنما قال المجتبي من خير أصناف الأمم لقوله صلى الله عليه وسلم: ((إن الله اصطفى من ولد إبراهيم إسماعيل واصطفى من ولد إسماعيل بني كنانة واصطفى من بني كنانة قريشا واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم))، وإنما قال بحبوحه العلم لقوله صلى الله عليه وسلم: ((أنا مدينة العلم وعلي بابها)) ، ولقوله صلى الله عليه وسلم: ((أوتيت جوامع الكلم)).

١٩ وهاهنا أشرع في المقصود بعون ذي الطول العظيم الجود

الطول: الإحسان؛ ومنه قوله تعالى: ذِي الطَّوْلِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ .

فصل الطهارة :

أي أكثر مسائلها فيها وفي غيرها لدخوله تحت قواعد فيها. واعلم أن القواعد على قسمين: ما هي أصول لأمتهات مسائل الخلاف وما هي من أصول المسائل؛ فيقصد بقواعد هذا الأخير ذكر النظائر فقط مع الإشارة إلى الخلاف. وبدأ الناظم بالقسم الأول إلى الفصل الذي صدره إعطاء ما وجد حكم ما عدم. . . البيت، وثنى بالثاني، وهذا في غالبهما. واعلم أن كل هذه القواعد أخص من القواعد الأصولية واعم من القواعد الفقهية بمعنى كليته؛ فالقواعد الأصولية العامة ككون الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس حجة، وكون الأمر للوجوب والنهي للتحريم ونحو ذلك، والقواعد الفقهية الخاصة كقولنا كل ماء لم يتغير أحد أوصافه طهور وكل طير مباح الأكل ونحو ذلك. وإلى هذه قصد الإمام ابن غازي في كليته إلا أنه إنما تكلم على باب النكاح فما بعده، والقسم الأول من القسمين الذين تكلم عليهما الناظم هو الذي تكلم عليه أبو عبد الله المقرئ في قواعد الفقهية بقوله: قصدت إلى جمع تمهيد ألف قاعدة ومائتي قاعدة هي الأصول القريبة لأمتهات مسائل الخلاف اهـ وما ذكر مما تكلم عليه الناظم هو الغالب فيه؛ وإلا فقد ذكر أيضا قواعد أصولية وقواعد فقهية تكميلا للفائدة، وقد ذكر الناظم في القسم الأول مائة وثمانية وعشرين قاعدة اشتمل هذا البيت على ثلاثة منها:

٢٠ هل غالب أو ما بشرع قد علم أو ضده كما بتحقيق علم

الأولى: الغالب هل هو كالمحقق أم لا؟ وإليها أشار بقوله هل غالب. والثانية: المعدوم شرعا هل هو كالمعدوم تحقيقا أي حسا أم لا؟ وإليها أشار بقوله أو ما بشرع قد علم. الثالثة: الموجود شرعا هل هو كالموجود تحقيقا أم لا؟ وإليها أشار بقوله أو ضده.

قوله غالب أو ما الخ؛ غالب مبتدأ وما موصول اسمي معطوف على غالب وصلته جملة عدم وبشرع يتعلق به وضده عطف على أحد المتعاطفين؛ وقوله كما بتحقيق علم خبر المبتدأ راجع إلى القواعد الثلاثة، ثم أشار إلى تمثيل فروعها بقوله:

٢١ كالسور والصيد وكالوطء رعاف تيمم وكإمام واصطراف

السؤر بضم السين المهملة وسكون الهمزة وقد تسهل بقية شراب الدواب وأكلها وغيرها؛ وأشار به إلى سؤر ما عاداته استعمال النجاسة ولم تر في فيه وقت شربه ولا عسر الاحتراز منه كالطير والسباع والدجاج والإوز المخلاة؛ هل ينجس ماء كان أو طعاما فيراقان بناء على أن الغالب كالمحقق أو لا ينجس فلا يراقان بناء على الأصل الذي هو الطهارة؟ قولان. ومختار ابن رشد ثانيهما، والمشهور وهو مذهب المدونة: التفرقة بين الماء فيراق، أو الطعام فلا يراق؛ لأن الماء ليس له حرمة كحرمة الطعام فيجوز طرحه على الأرض. ومثل السؤر المذكور سؤر الكافر وشارب الخمر وما أدخل أحدهما يده فيه، قال في خ - مارا على مذهب المدونة في تعداد المياه المكروهة - : " وسؤر شارب خمر وما أدخل يده فيه وما لا يتوقى نجسا من ماء لا إن عسر الاحتراز منه أو كان طعاما " .

وأشار بالصيد إلى مسائل منها: من أدرك الصيد منقود المقاتل وظن أنه المقصود، ومنها من أرسل الجارح وليس هو في يده، ومنها ما إذا اشترك فيه معلم وغير معلم، أو كلب مسلم مع كلب مجوسي، وظن أن المعلم أو كلب المسلم هو القاتل، وفي كل مسألة قولان.

قال في ضيح في قول جب ولو اضطرب الجارح فأرسل قولان: بناء على أن الغالب كالمحقق أم لا؛ لأن الغالب أنه إنما يضطرب لرؤية الصيد وجوزوا الأكل للغالب، والمنع لكونه لم ير شيئا، وقال في خ: " وحيوان علم بإرسال من يده " ثم قال في سرد ما لا يؤكل أو لم يتحقق المبيح في شركة غيره: " كماء أو ضرب بمسموم أو كلب مجوسي - إلى أن قال - : أو اضطرب فأرسل ولم ير إلا أن ينوي المضطرب وغيره تأويلان " .

ومثال السؤر المذكور أيضا لباس الكافر وغير المصلي هل يحمل على الطهارة أو النجاسة؟ وفي خ: " ولا يصلى بلباس كافر ولا بثياب غير مصل إلا كراسه " .

ومن أمثلة هذه القاعدة أيضا من علق الطلاق بالحيض أو الحمل هل ينجز عليه لأن الغالب أنهما يقعان والغالب كالمحقق أو لا ينجز عليه؟ قولان، ومشهورهما الأول، وعليه اقتصر في خ إذ قال: " أو غالب كإن حضت " وقيدته الحطاب تبعا لللخمي بغير اليائسة والشابة التي لم تر الحيض فلا يعجل الطلاق فيهما بحال.

وقول الناظم وكالوطء رعاف تيمم بحذف العاطف في الأخيرين؛ هذه أمثلة القاعدة الثانية: فأشار بالوطء إلى مسائل منها من حلف ليطأن زوجته فوطئها حائضا هل يبىر بذلك بناء على أن المعدوم شرعا ليس كالمعدوم حسا أم لا يبىر بناء على مقابله؟ قولان حكاهما في خ بقوله: " وفي بره في

لأطائها فوطئها حائضا وفي لتأكلنها فخطفتها هرة فشق جوفها فأكلتها أو بعد فسادها قولان " . وصوب ابن رشد بره في مسألة الحيض .
ومنها وطء المبتوتة في الحيض هل يحلها لمن أبتها أم لا؟ وعلى النفي مشى خ إذ قال : "والمبتوتة حتى يولج بالغ قدر الحشفة بلا منع " والوطء في الحيض ممنوع .

ومنها وطء الزوجة في الحيض هل يوجب الرجعة أم لا؟ وعلى النفي مشى خ إذ قال: "يرتجع من ينكح وإن بكإحرام ومرض وعدم إذن سيده طالقا غير بائن في عدة صحيحة حل وطؤه".

ومنها وطء المولي في الحيض هل يكون فيئة أم لا؟ وعلى النفي مشى خ إذ قال: " وإلا فلها ولسيدها إن لم يمتنع وطؤها المطالبة بعد الأجل بالفئة".
ومنها الزاني هل يحصنه الوطء في الحيض أم لا؟ وهو المشهور .
والمخالف في الأربع عبد الملك بن الماجشون.

وأشار بقوله رعاف إلى مسألة من رعف في الصلاة وشك في دوامه لآخر الوقت المختار فإنه يقتله بالأنامل العليا من يده اليمنى ويمضي على صلاته، فإن زاد على الأنامل العليا إلى الأنامل الوسطى بقدر ما لا يعفى عنه من الدم لا يتمادى في صلاته بل يقطع وجوبا إن تلطخ به، وإن لم يتلطخ به جاز أن يقطع، أو يخرج لغسل الدم ثم يبني، وإن زاد على الأنامل العليا اليسير من الدم وهو ما يعفى عنه وذلك كقدر الدرهم على قول أو دونه على قول آخر فهل يعتبر في عدم التماذي كالكثر أو لا يعتبر بناء على أن المعدوم شرعا كالمعدوم حقيقة وحسا؟ في ذلك قولان، وعلى الثاني مشى خ إذ قال: "وإن لم يظن ورشح فقله بأنامل يسراه فإن زاد عن درهم قطع " يعني وإن لم يظن دوامه لآخر الوقت المختار.

وأشار بقوله تيمم إلى مسألة الحاضر يفقد الماء وقلنا إنه ليس من أهل التيمم عملا بظاهر الآية إذ عدم الماء فيها راجع للمسافر والمريض ولا ذكر للحاضر؛ والمراد بها قوله تعالى: وَإِنْ كُنْتُمْ مَرَضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ . . . الآية؛ فقال التونسي يجري على حكم من لم يجد الماء ولا التراب، وهذا على أن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا، وعلى القول الآخر لا يصلي حتى يتطهر بالماء اهـ.

ومن أمثلة هذه القاعدة من حلف ليتزوجن فتزوج فاسدا فهل يبى بذلك أم لا؟ المنصوص النفي، وعليه مشى خ إذ قال: " وبما يفسخ أو بغير نسائه في لأتزوجن". وخرج اللخمي خلافه على مراعاة اللفظ، ومن أحد القولين فيما إذا حلف ليطأها الليلة فوجدها حائضا فوطئها فإنه يبى.

ومنها من حلف لبييعن العبد أو الأمة فباعهما بيعا فاسدا أو ألفت الأمة حاملا.

ومنها من حلف ليقضين غريمه حقه إلى أجل كذا فباعه بدينه بيعا فاسدا ثم فاتت السلعة قبل الأجل بما يفوت به البيع الفاسد وليس فيه وفاء بالدين؛ فإنه يحنث، فإن لم تفت السلعة حتى مضى الأجل فقال سحنون: يحنث نظرا إلى أن العوضية الشرعية لم تحصل، وقال أشهب وأصبغ: لا يحنث. قال اللخمي: وأرى إن كان في قيمتها وفاء بالحق لا يحنث؛ أن الوفاء عنده هو الوجه الذي قصده بيمينه. وفي المسألة يقول خ: "وبيع فاسد فات قبله إن لم تف كأن لم تفت على المختار"

ومنها من حلف لياكلن هذا الطعام ففسد ثم أكله، وقد تقدم في كلام خ حكاية القولين فيه.

ومنها من حلف على فعل معصية من قتل أو شرب ثم تجرأ وفعله هل يبير وهو المنصوص في المدونة وإياه اعتمد خ إذ قال في فصل الطلاق: "أو بمحرم كان لم أزن إلا أن يتحقق قبل التنجيز"، أم لا يبير بذلك لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا؟

ومنها إذا جار الزوج في القسم بين الزوجات فلا يحاسب ويبتدئ على المنصوص، واعتمده خ إذ قال: "وفات إن ظلم فيه". واستقرأ اللخمي من السليمانية القضاء والمحاسبة.

ومنها عدم انتقال ضمان الشيء المشتري اشتراء فاسدا إلى المشتري، وإقامة المبيع بيده كوديعة عنده، والذي في خ: "وإنما ينتقل ضمان الفاسد في القبض"، وهو قول ابن القاسم، وقال أشهب: إنما ينتقل بتمكين المشتري من السلعة، وإعطاء الثمن للبائع.

ومنها إذا قتل محرم صيدا فهو ميتة عندنا، خلافا للشافعي. وفي خ: "وما صاده محرم أو صيد له ميتة".

وقوله وكإمام الخ من أمثلة القاعدة الثالثة وهي هل الموجود شرعا كالموجود حسا؟ وفي خ: "والإمام الراتب كجماعة" أي فتسقط السنة به، أو فرض الكفاية، ومن صلى وحده يعيد معه ولا يعيد هو في جماعة أخرى، ولا تجمع الصلاة بعده في المسجد الذي صلى فيه، ويجمع ليلة المطر على قول بعضهم وهذا إن نوى الإمامة وصلى في وقته المعتاد والإمام الراتب هو المنتصب للإمامة الملازم لها.

وأشار باصطراف إلى مسألة صرف ما في الذمة هل يصح لكونه موجودا حكما، أم لا لعدم حضور النقدين أو أحدهما حسا؟ قولان، وفيه قول بالتفرقة بين أن يكون ما في الذمة حالا فيجوز وإلا فلا؛ وعليه مشى خ إذ قال -

عاطفا على الممنوع - : "أو بدين إن تأجل وإن من أحدهما" ، فأفاد الجواز بالمفهوم والمنع بالمنطوق.

٢٢ وهل يؤثر انقلاب كعرق ولبن بول وتفصيل أحق

وفي بعض النسخ: ولبن بول وزرع وذرقة. أشار إلى قاعدة هل يؤثر انقلاب أعراض النجاسة في الأحكام أم لا؟ ويعبر عنها بقولهم انقلاب الأعيان هل له تأثير في الأحكام أم لا؟ والذرق بالذال المعجمة خرق الطائر؛ يقال ذرق كضرب ونصر إذا رمى ما في بطنه اهـ وذلك كعرق الجلالة ولبنها وبولها؛ وعرق السكران ولبن المرأة الشاربة والزرع والخضر التي تسقى بالماء النجس وخرق الطائر الذي يأكل النجاسة؛ والأحق التفصيل بين ما استحال إلى صلاح فهو طاهر كاللبن والبيض والعسل وما استحال إلى فساد فهو نجس كالروث والبول، وهذا التفصيل ليحيى بن عمر صاحب سخنون.

ومثل ما ذكر بيض الجلالة ولحمها، وعسل النحلة الآكلة للنجس، والخمر إذا تخلل أو تحجر، ورماد الميتة والمزبلة، ونحو ذلك من كل نجاسة غيرت وفي خ في تعداد أنواع الطاهر: "والحي ودمعه وعرقه ولعابه ومخاطه وبيضه ولو أكل نجسا إلا المذر والخارج بعد الموت ولبن آدمي إلا الميت ولبن غيره تابع" وفيه أيضا: "وزرع بنجس وخمر تحجر أو تخلل" وفيه أيضا في تعداد النجس "ورماد نجس ودخانه" انتهى. ابن رشد: لا خلاف في المذهب أن أكل لحوم الماشية والطيور التي تتغذى بالنجاسة حلال جائز، ونقل عن اللخمي الخلاف في اللحم ويستثنى أيضا من القاعدة المسك فقد أجمعوا على طهارته قال الباجي وحكى المازري عن بعض قولا بنجاسته وفي خ في تعداد الطاهر: "ومسك وفأرته".

- | | | |
|----|------------------------|-------------------------|
| ٢٣ | وهل بنفي علة يزول | حكم كسقم ناكح يحول |
| ٢٤ | ونجس وأسسوا أيضا بما | ظاهرة حق وعكس علما |
| ٢٥ | عليه مصرف ضمان واضطرار | ومن لغير حجره والاختيار |
| ٢٦ | بذا زواله وموص أو فقد | وشفعة عيب ركوب أو شهد |
| ٢٧ | كبيع قاض شيء غائب بحق | ثم أتى وقد نفى من يستحق |

ذكر في هذه الأبيات قاعدتين وأمثلتهما:

الأولى : إذا زالت العلة هل يزول الحكم بزوالها أم لا؟ الثانية الحكم بما ظاهره الحق وباطنه باطل هل يغلب فيه حكم الظاهر على حكم الباطن فتتفقد الأحكام أو يغلب حكم الباطن فتتد؟ وإلى هذه أشار بقوله وأسسوا أيضا إلى قوله علما؛ أي وأسس المالكية أي جعلوا ما ذكر أساسا لمسائل، والمراد بالعكس المقابل، أي بطلان الباطن.

وأشار إلى بعض أمثلة الأولى بقوله كسقم ناكح يحول أي يزول قبل الفسخ وفي نسخة يؤول بالهمز بدل الحاء أي يرجع المريض لصحته قبل الفسخ أو يؤول سقمه إلى البرء قبل الفسخ إلى مسألة المريض يتزوج ثم يصح قبل فسخ نكاحه، فهل يمضي نكاحه لزوال علة الفسخ وهي إدخال وارث أو لا يمضي لوجود علة الفسخ عند العقد؟ قولان. وفي جب: ولو صح المريض منها قبل الفسخ مضى؛ ورجع إليه مالك والأصح الفسخ بناء على أن فساده لحق الورثة أو لعقده لمخالفته للسنة اهـ فخالف الناظم في مبنى الخلاف ومشى خ على القول المرجوع إليه إذ قال: " وعجل بالفسخ إلى أن يصح المريض منهما "

وأشار بقوله ونجس بالجر عطف على سقم ناكح إلى مسألة الماء النجس إذا زال تغيره بغير زيادة ماء مطلق فهل يطهر لزوال علة نجاسته أو لا؟ في ذلك قولان وفي خ: " وإن زال تغير النجس لا بكثرة مطلق فاستحسن الطهورية وعدمها أرجح ". وانتقد عليه إطلاق الماء النجس وهو مقيد بالكثرة وتقييد المطلق بالكثرة وهو مطلق أي سواء كان المصبوب قليلا أو كثيرا؛ وعود ضمير الطاهرية على الطهورية؛ ونسبة الأرجح لابن يونس وهو لم يوجد له كلام في ذلك وإنما تكلم على غسل النجاسة بالماء المضاف.

ومعنى قوله عليه مصرف مصرف الخ أي يبني المذكور على الأصلين السابقين بمعنى أن بعض هذه الأمثلة يبني على أحد الأصلين وبعضها يبني على الآخر؛ قال المنجوري: لما كانت مسائل القاعدة الثانية يمكن أن يقال فيها أنها فعلت للعلل ثم تبين ذهاب تلك العلل فتدخل في قاعدة العلة إذا زالت هل يزول الحكم بزوالها نظمها في سلك واحد ليتأملها المتأمل اهـ

وأشار بقوله ضمان إلى مسألة ضامن الوجه؛ يتوجه عليه غرم المال لعدم إحضاره الوجه ثم يحضر مضمونه بعد الحكم وقبل الغرم؛ فهل يسقط عنه الغرم لزوال علته وهي عدم إحضار الوجه أو لا يسقط لأن المعتبر توجه الغرم فيجب بقاءه وإن زالت علته؟ قولان، وعلى الثاني مشى خ إذ قال: " ولا يسقط بإحضاره إن حكم "

وأشار بقوله واضطرار إلى مسألة المضطر لأكل الميتة هل يباح له الشبع، بناء على أن الحكم لا يزول بزوال علته؟ وهي هنا الضرورة إلى الأكل؛ أو يمنع الشبع وإنما يباح له الاقتصار على سد الرمق بناء على أن الحكم يزول بزوال علته؟ قولان مشهورهما الأول، ومشى خ على خلافه إذ قال: " وللضرورة ما يسد" قال ابن غازي لعل ما فيه ما يشبع فصحف ببسد انتهى.

وأشار بقوله ومن لغير حجره إلى مسألة المحجور عليه لأجل غيره وهم العبد والمفلس والزوجة والمريض يتصرفون في حال الحجر فلا يطلع عليهم الحاجر إلا بعد زوال الحجر؛ فهل يمضى تصرفهم لزوال علة الحجر أم لا؟ لأن المعتبر وجوب الحجر؛ فيجب بقاء أثره وإن زالت علته؛ في ذلك قولان، والمختار الإمضاء كما أشار إليه بقوله والاختيار بذا زواله؛ أي والمختار في هذا الفرع الأخير زوال الحكم بالرد لزوال علته وهو الحجر وهو المشهور في الزوجة تتبرع بأكثر من الثلث ولم يعلم بذلك زوجها حتى تتأيم أو تموت؛ وفي العبد ينكح بغير إذن سيده ولم يعلم به حتى يبيعه أو يعتقه؛ ففي خ: " وللسيد رد نكاح عبده بطلقة بائنة إن لم يبيعه إلا أن يرد به أو يعتقه" ، وفيه أيضا: " وعلى الزوجة لزوجها ولو عبدا في تبرع زاد على ثلثها وإن بكفالة وفي إقراضها قولان وهو جائز حتى يرد ومضى إن لم يعلم حتى تأيمت أو مات أحدهما " انتهى.

وظاهر الناظم عموم الخلاف في أفراد المحجور عليه لحق غيره، وليس كذلك؛ فلا خلاف في مضي تبرع العبد إذا عتق قبل علم السيد بذلك أو علم ولم يقض فيه برد ولا إجازة حتى عتق والمال بيده ولا خلاف أيضا في مضي تبرع المديان أو المريض إذا زالت علة الرد.

وأشار بقوله وشفعة إلى مسألة من وجبت له شفعة فباع حصته التي يستشفع بها؛ هل له شفعة أم لا؟ بناء على زوال الحكم بنفي علته وعدمه، وعلى عدم الشفعة مشى خ في تعداد مسقطاتها: "أو باع حصته " .

وأشار بقوله عيب إلى مسألة زوال العيب قبل الرد بموت الزوجة أو طلاقها في العبد لا يعلم مشترطه بنكاحه حتى يطلق؛ هل يمنع من الرد أم لا، وفي خ في تعداد ما يمنع الرد: "وزواله إلا محتمل العود وفي زواله بموت الزوجة أو طلاقها وهو المتأول والأحسن أو بالموت فقط وهو الأظهر أو لا أقوال".

وأشار بقوله ركوب إلى مسألة ركوب الهدي للعاجز عن المشي يستريح؛ هل ينزل عنه أم لا؟ والأول لابن الجلاب والثاني للمدونة؛ وعليه مشى خ إذ قال: "ونذب عدم ركوبها بلا عذر" فلا يلزم النزول بعد الراحة.

ومن هذه القاعدة الخلاف في اختيار الأمة تعتق تحت العبد إذا عتق العبد قبل أن تختار؛ والخلاف في الزوج إذا طلق عليه بجنون أو جذام أو برص ثم برئ في العدة؛ والخلاف في الزوجة إذا غاب عنها زوجها الذي شرط لها إن غاب عنها أكثر من ستة أشهر مثلاً فأمرها بيدها فغاب ثمانية أشهر فلم تقض حتى قدم، وإلى الفرع الأول يشير خ بقوله - عاطفا على مسقطات الخيار بالعتق -: "أو عتق قبل الاختيار إلا التأخير لحيض" اهـ وإذا تحمل الأب في مرضه عن ابنه ثم صح الأب هل يجري فيه من الخلاف ما في نكاح المريض إذا صح أم لا؟

ومن زوال العيب ما اتفق فيه على عدم الرد كالعيب الذي لا يحتمل العود، وما له علاقة كذهاب بياض عين وموت ولد ونحو ذلك، وإليه أشار خ بقوله: "وزواله" ، ومنه ما اتفق فيه على الرد وهو الذي يحتمل العود كالبول في الفراش ولم يمض عليه كثير من السنين، وإليه يشير خ بقوله: "إلا محتمل العود"

وأما القاعدة الثانية وهي الحكم بما ظاهره الحق وباطنه باطل هل يغلب فيه حكم الظاهر فينفذ أو يغلب حكم الباطن فيرد؟ وهي راجعة إلى قاعدة هل الواجب الاجتهاد أو الإصابة؟ وستأتي وأشار إلى بعض أمثلتها بقوله مصرف أراد به الخلاف في أجزاء الزكاة إذا أخطأ في مصرفها بعد الاجتهاد وتعذر استرجاعها كدفعها لغني أو عبد أو كافر. وقيد الشيوخ الخلاف بما إذا كان الدافع صاحب الزكاة، وأما إن كان الدافع الإمام فإنها تجزئ ولا غرم عليه ولا على ربها واجتهاده ماض نافذ.

وأشار بقوله وموص إلى ما في استحقاق المدونة فيمن أوصى بحج أو غيره، فأنفذت وصيته ثم استحق برق هل يمضي ذلك أم لا؟ وبقوله أو فقد إلى مسألة من شهد بموته في فقده فبيع ماله وتزوجت زوجته ثم قدم حيا هل يمضي ذلك أم لا؟ والذي في خ في خصوص الزوجة: "وإن جاء أو تبين أنه حي أو مات فكالوليين"، أي أو مات بعد العقد وقبل الدخول، وحكم ذات الوليين أنه إذا دخل بها الثاني ولم يعلم فهي له وإلا فهي للأول.

وبقوله أو شهد إلى مسألة من حكم بشهادته لظن عدالته ثم تبين بعد الحكم أنه كان مستجرحا؛ هل ينقض الحكم أم لا؟ وفي خ - عاطفا على ما ينقض فيه القاضي -: "أو ظهر أنه قضى بعبدين أو كافرين أو صبيين أو فاسقين"، ولا خلاف في نقضه في مسألة العبد والكافر والصبي؛ وأما الفاسق فاختلف في مسألته لأن الفسق مظنون ولا يؤمن فيه الغلط والرق وما معه مقطوع به فكان كمنص ظهر بعد اجتهاد.

وبقوله كبيع قاض شيء غائب بحق إلى مسألة القاضي يبيع سلع غائب في دين لمن أثبتته عليه ثم يأتي الغائب فيثبت أنه قضى دينه؛ فهل يأخذ شيءه بغير ثمن وهو الصحيح أو لا يأخذه البتة؟ فقوله ثم أتى وقد نفى من استحق أي وقع منع ذلك القادم من يستحق الذي هو المشتري من مشتراه؛ أو معناه أنه منع مثبت الدين ونفاه بإثبات أنه قضى الدين اهـ

٢٨ وهل لعين ذو اختلاط ينقل مغلوبه

ذو اختلاط: مبتدأ وجملة ينقل من فعل وفاعل وهو ضمير يعود على المبتدأ خبره، ولعين: يتعلق بينقل، ومغلوبه مفعوله.

هذه قاعدة هل ينقل المخالط المغلوب لعين الذي خالطه أم لا؟ أي هل المخالط المغلوب لعين الذي خالطه أم لا؟ أي هل يتطلب المخالط عين المخالط المغلوب إلى عين ما خالطه أو لا ينقلب؟ وإنما خفي عن الحس فقط، ويصح أن يكون بإضافة عين إلى ذي وبناء ينقل إلى المجهول اهـ ومن فروعها الخلاف في مخالطة النجاسة لقليل الماء ولم تغيره أو لكثير الطعام المائع، أما الماء ففيه أربعة أقوال ومشى خ على أنه مكروه مع وجود الغير إذ قال عند عدده لذلك: "ويسير كآنية وضوء أو غسل بنجس لم يغير". ومشى في الرسالة على قول ابن القاسم إن اليسير ينجس بملاقاة النجاسة وإن لم يتغير وقيل يتوضأ به ويتيمم معه لأنه مشكوك فيه وقيل ظهور من غير كراهة ولا شك.

وأما الطعام المائع فالمعروف من المذهب تنجيسه بذلك، وإن لم تغيره لأنه لا يدفع عن نفسه بخلاف الماء قال خ: "وينجس كثير طعام مائع بنجس قل"، وحكى المازري عن بعضهم أنه إذا لم يتغير لم يتنجس وهو في غاية الشذوذ ومثل الطعام المضاف، وقال المقرئ في قواعده: والحق أن الغالب يخفي المغلوب ولا ينقله؛ وأنه لا يحرم لعدم التغذية؛ واختلاف مذهب مالك في ذلك في الفرعين لا اعتبار طهورية الماء وللحرج في الطعام مع قوة الخلاف انتهى.

ومن فروع هذه القاعدة أيضا الخلاف في لبن الأدمية المخلوط بغيره إذا كان لبنها مغلوبا؛ قال ابن القاسم: لا يحرم، واعتمده خ إذ قال: "أو خلط لا غلب". وقال مطرف وابن الماجشون يحرم؛ واختاره اللخمي؛ والأول مذهب أبي حنيفة والثاني مذهب الشافعي.

ومنها أيضا مسألة الحنث بالسمن المستهلك لا الخل؛ وإليها أشار خ بقوله: "وبسمن استهلك في سويق وزعفران في طعام لا بكخل طبخ" اهـ وقال ابن

ميسر في السمن: هذا إذا وجد طعم السمن في فيه وإلا فلا حنت، واختلف هل هو خلاف أو وفاق.

٢٨ هل نو فساد ينقل ...

٢٩ شبهة ملك إن عليه أجمعا وبعضهم إطلاقه قد سمعا

نو فساد: صفة لمحذوف، وضمير عليه يرجع للفساد، وضمير إطلاقه يعود على الخلاف المفهوم من الكلام ومعنى سمع قال. وقبل هذه القاعدة هل ينقل بيع ذو فساد أجمع على فساده شبهة ملك أم لا؟ وبعضهم كابن عرفة لم يقيد الفاسد بالمجمع على فساده بل يجريه في البيع الفاسد مطلقا؛ لكن لا يصح في بعض المختلف فيه اهـ وعلى الخلاف المذكور ينبنى الخرف هل يفوت بالتغير وفوات العين أم لا اهـ وقد عرف من معناها أن المخالف للشرع هل يصح اعتباره بوجه ما أو يجب إلغاؤه مطلقا؟ قولان؛ وهي قاعدة أخرى اهـ وظاهر الناظم الاتفاق على عدم نقل الفاسد حقيقة الملك؛ وقيل ينقل حقيقته، وحصل ابن عرفة في المسألة أربعة أقوال: نقل شبهة الملك مطلقا؛ وعدم نقلها مطلقا؛ ونقلها في المختلف فيه دون المجمع؛ وابعها ينقل حقيقة الملك اهـ

٣٠ هل حكم ما حاذى أم المبدأ لما لغير اتصل كالملاح بما

٣١ و السن والظفر ومسح ما بطن من أذن وميتة الذي قطن

٣٢ بالبر من نبي البحر لحيه شعر وعقد علت وأغصان الشجر

هذه قاعدة الشيء إذا اتصل بغيره هل يعطى حكم مباديه أو حكم محاذيه؟ وتقدير كلام الناظم: هل حكم ما حاذى ثابت لما اتصل به من غيره أو حكم المبدأ ثابت له؟ ومثل له بأمثلة:

فأشار بقوله كالملاح بما - أي ذائبا أو كائنا فحرف الجر مع مجروره حال يتعلق بكون عام أو خاص - إلى مسألة الملح يذوب في الماء؛ فمن راعى المبدأ جعله كالتراب لأنه أصله فلا يضر الماء تغييره؛ ومن راعى ما حاذاه جعله كالطعام فينقله إذا غيره لاستعماله في الطعام وإحاقه بالربويات. ابن يونس: اختلف المتأخرون هل الملح كالتراب فلا ينقل حكم الماء وهو المشهور أو كالطعام فينقله إلى غيره؟ والمعدني كالتراب والمصنوع كالطعام. وفي خ عاطفا على المياه الطهورية "أو بمطروح فيه ولو قصدا

من تراب أو ملح والأرجح السلب بالملح وفي الاتفاق على السلب به إن صنع تردد" انتهى.

وأشار الناظم بقوله والسن والظفر – أي أعلى السن أو طرف السن فهو على حذف مضاف – إلى الخلاف الذي في نجاسة أعلى السن والقرن والظفر والظلف وناب الفيل؛ وفي خ: "وما أبين من حي من قرن وعظم وظلف" الخ .

وبقوله ومسح ما بطن من أذن إلى الخلاف في باطن الأذن ما هو على القول بوجوب مسح الظاهر؛ فمسح داخلها سنة واختلف في مسح ظاهرها؛ فقل سنة وقيل واجب؛ واختلف في الظاهر فقل ما يواجهه به نظرا إلى الحال وقيل ما يلي الرأس نظرا إلى أصل الخلقة؛ فإن الأذن في الخلقة كالوردة ثم تنفتح؛ قال الشاعر:

الأذن كالوردة مفتوحة فلا تمرن عليها الخنا

فإنه أنتن من جيفة فاحذر على الوردة أن تنتننا

ومشى خ على سنية مسح ظاهرها كباطنها إذ قال في تعداد سنن الوضوء: "ومسح وجهي كل أذن" .

وأشار بقوله وميته الذي قطن أي أقام بالبر إلى الخلاف الذي في نجاسة ميتة ما تطول حياته في البر من البحري، والمشهور قول مالك بطهارته؛ وقال ابن نافع وابن دينار: ميتة ونجسة. وفي خ عاطفا على الطاهر: "والبحري ولو طالت حياته ببر" ، وقيل بالفرق بين أن يموت في الماء فطاهر أو في البر فنجس؛ وهو رواية عيسى عن ابن القاسم.

وأشار بقوله لحية شعر إلى الخلاف الذي في غسل ما طال من اللحية وفي مسح ما طال من شعر الرأس؛ فالذي في المدونة وجوب غسل ذلك ومسحه نظرا إلى الأصل؛ وفي خ: "فرائض الوضوء غسل ما بين الأذنين ومنابت شعر الرأس المعتاد والذقن وظاهر اللحية" وقيل ليس عليه أن يغسل منها إلا ما اتصل بوجهه نظرا إلى المحاذي وهو الصدر اهـ وفي خ: "ومسح ما على الجمجمة بعظم صدغيه مع المسترخي" اهـ والقول بعدم وجوب المسترخي لأبي الفرج والأبهري وهو ظاهر سماع موسى عن ابن القاسم عن مالك اهـ ومثل ما طال من اللحية ما طال من الأظافر؛ قال المنجوري: قال السجلماسي ولم أر الخلاف الذي أشار إليه في الظفر والذي في الخطاب عن زروق أن ما زاد في الأظافر على الطول المعتاد لا يعفى عما تعلق به من الوسخ قل أو كثر اهـ .

وأشار بقوله وعقد علت إلى مسألة العقدة؛ وهي الغدة وهي كل عقدة في جسد الإنسان أطاف بها شحم، قال المقرئ: قاعدة المتصل بثابت الحكم منه

ثالثها إن لم يكن عن سبب غريب لحق به، فيجب غسل ما طال من اللحية والرأس، وينجس أعلى القرن والسن، ولا تؤكل العقدة على اللحم انتهى. قوله منه حال من ضمير المتصل؛ أي حال كونه بعضا من ثابت الحكم المتصل هو به. ابن عرفة: ابن حبيب روى استئصال أكل عشرة دون تحريم: الطحال والعروق والغدة والمرارة والعسيب والأنثيان والكليتان والحشا والمثانة وأدنا القلب اه وفي المدونة حكم القلب والرئة والطحال والكلا والخصى كاللحم؛ وتعليل الشيخ ذلك بقوله هو كالغدة الغذاء يتصل إليها ولم تبين عن البدن ظاهر في أكل المشيمة؛ وفي حل أكلها ثالثها أن حل أكل الولد بذكاة أمه وتم خلقه ونبت شعره لما في سماع موسى السلا وعاء الولد هو ك لحم الناقة المذكاة اه قال الشيخ: الصواب الجواز لأنه جزء من أجزائها اه المثانة وعاء البول والمشيمة والسلا واحد.

وأشار بقوله وأغصان الشجر إلى مسألة الشجرة تكون في الحرم وأغصانها منبسطة في الحل؛ فهل يجوز أن يصاد ما على أغصانها نظرا إلى المحاذي أو لا يجوز نظرا إلى المبدأ؟ ومذهب المدونة الجواز؛ وعليه مشى خ إذ قال في ما لا جزاء فيه: "ورميه على فرع أصله بالحرم" اه وقال عبد الملك: عليه الجزاء. أما في العكس بأن تكون الشجرة في الحل وأغصانها في الحرم فالإتفاق على منع اصطيد ما على أغصانها اه

٣٣ هل طارئ النسيان كالأصلي

هذه قاعدة هل يعذر بالنسيان الثاني أم لا؟ بأن تذكر من النسيان ثم نسي، ولها فروع:

منها لو رأى النجاسة في الصلاة فلما هم بالقطع نسي وتمادى؛ قال في الشامل: بطلت على الأصح وهو الذي رجحه سند و خ في ضيغ؛ واختار ابن العربي الصحة.

ومنهما لو رأى النجاسة في الصلاة أيضا فقطعها وذهب ليغسلها فنسي وصلى بها صلاة أخرى؛ فهل يعتد بصلاته الثانية كما لو صلى بها ابتداء ساهيا أو لا يعفى عنه لأجل ذكره؟ قال سند: في ذلك خلاف؛ قال: والظاهر أنه بمنزلة من صلى بالنجاسة ساهيا ابتداء وأنه داخل في قول خ لا قبلها. ومنها أيضا من ذكر الموالاة ثم نسيها فهل يبني في النسيان الثاني كالأول أو لا؟ قولان؛ وقال ابن ناجي إن ظاهر المدونة أنه لا يعذر بالنسيان الثاني في اللعنة.

ومثله في الصيام المتتابع إذا أفطر فيه ناسيا فإنه يقضيه ويصله بآخر صومه؛ فإن لم يصله ابتداءً ظاهره ولو سهوا هـ والفرق بينهما مع مسألة النجاسة ضعف النجاسة إذ قيل فيها بالفضيلة بخلاف اللمعة والصوم. ومنها من أمر أن يعيد في الوقت فنسي بعد أن ذكر حتى خرج الوقت فقال مطرف وابن الماجشون يعيد أبدا؛ وقال ابن () إن نسي أن يعيد فلا إعادة عليه هـ، قال في الجواهر: من أمر بالإعادة في الوقت فلم يفعل لأنه نسي فالمشهور أنه لا يعيد بعده، وحكى ابن بشير قولاً بالإعادة عند ابن حبيب، قال: ويجري في كل من أمر بالإعادة في الوقت.

٣٣ هل باطن في الحكم كالجلي

هذه قاعدة حكم الحاكم هل يتناول الظاهر والباطن أم لا يتناول إلا الظاهر فقط؟ وهو الصحيح.

ومن فروعها إذا قضي للمطلقة بنفقة الحمل لظنه بها ثم تبين أنه لم يكن بها ففي الرجوع بالنفقة عليها قولان مشهورهما الرجوع عليها، وهو ظاهر قول خ: "وردت النفقة كانفشاش الحمل"، قال الشارح: ظاهره سواء حكم بها حاكم أم لا؟ وقاله مالك وعبد الملك واختاره محمد وغيره، ولمالك أيضا أنها لا ترد مطلقا، وعنه أيضا إن حكم بها حاكم ردت وإلا فلا، ولابن الماجشون عكسه، رواه عن مالك.

ومنها من أوصي له بنفقة عمره، فدفعت له نفقة سبعين سنة بالتعمير ثم زاد عليها عمره؛ ففي نقض القضاء ورجوعه على الورثة أو أهل الوصايا قولان لأشهب وابن القاسم.

ومنها إذا كان مال السيد مأمونا أضعاف قيمة المدبر والموصى بعنقه، وقلنا بحريتهما بنفس الموت من غير نظر في الثلث؛ ثم أجيح المال بعد ذلك ففي إمضاء العتق ونقضه قولان لابن القاسم وأشهب.

ومنها إذا أسلم عبد النصراني وسيده بعيد الغيبة فباعه السلطان ثم قدم فأثبت أنه أسلم قبله؛ فقال في الكتاب: ينقض البيع وإن عتق نقض عتقه.

ومنها من ابتاع عبدا ثم باعه بمثل الثمن فأكثر ثم رجع إليه بشراء أو ميراث أو هبة وهو بحاله لم يتغير فأراد رده بالعيب على بائعه وقد كان حكم عليه قبل أن يرجع إليه فلا قيام له لخروجه عن يده بالبيع بمثل الثمن فأكثر؛ وإن لم يكن حكم عليه فله القيام قاله ابن حبيب، أبو محمد: هذا بعيد من أصولهم، ابن يونس: يريد أبو محمد أن له الرد مطلقا لارتفاع الحكم بارتفاع عتقه.

ومنها إذا ابتاع عبدا ثم باع نصفه من أجنبي ثم علم بالعيب فاختار البائع أن يغرم نصف قيمة العيب؛ ثم بعد غرمه لنصف القيمة رجع العبد إلى يد المشتري؛ هل للبائع أن يقول إنما غرمت لك نصف قيمة العيب للتبعيض والآن قد صار في يدك جميعه فإن شئت فرد علي جميعه وخذ ثمنك أو احبس ورد علي نصف قيمة العيب الذي أخذت مني، وللمشتري أيضا أن يفعل ذلك وإن أباه البائع؛ أو حكم مضي ليس لأحدهما نقضه؟ في ذلك قولان حكاهما ابن يونس وهما جاريان على قولي ابن حبيب وأبي محمد في المسألة السابقة.

ومنها من ابتاع عبدا بالبراءة من الإباق فأبق في الثلاث وقلنا ضمانه من البائع حتى يخرج من الثلاث سالما فترادا الثمن بعد الاستيناء ثم وجد العيب؛ هل يرجع إلى ما كشف الغيب ويلزم المشتري ولا ينقض البيع أو يلزم البائع؟ قولان للحمي ومحمد على هذه القاعدة وقاعدة أخرى تأتي قريبا وهي إذا جرى الحكم على موجب التوقع هل يرتفع بالوقوع لأنه تحقيق والتوقع كالإيقاع أو لا لأنه نفذ؟ قولان للمالكية.

ومنها من ابتاع عبدا لم يعلم بعيبه حتى كاتبه أو مرض فبلغ حد السياق فأخذ قيمته ثم عجز المكاتب وصح المريض؛ قال ابن يونس: ذكر عن بعض القرويين أنه قال حكم مضي لا ينقض.

ومنها من فلس في غيبته البعيدة لجهل ملائه على المشهور ولو عرف وحكم بحلول مؤجله ثم قدم مليا؛ فظاهر قول أصبغ يأخذ رب المؤجل دينه وهو حكم مضي؛ أو لا يأخذ رب المؤجل دينه إلا بعد أجله لأن الغيب قد كشف خلاف ما قضى به فصار كحكم من تبين خطأه؟ وفي خ: "وحل به وبالموت ما أجل ولو دين كراء أو قدم الغائب مليا" فمشى على الأول.

تبيينه: اتفق الناس في الديون وما ليس فيه عقد ولا فسخ وفروج ذوات المحارم أن قضاء القاضي لا يحل حراما ولا يحرم حلالا على من علمه في باطن الأمر؛ كإقامة رجل بينة بمال له قبل غيره فحكم له به وفي نفس الأمر شهدت بزور، وكامرأة من ذوات المحارم شهدت بينة لرجل إنها أمته فحكم له بها، فلا يحل الدين لأخذه ولا ذات المحرم إجماعا، وإنما الخلاف في سوى الأوجه الثلاثة؛ فقال الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد: لا يحرم حكم القاضي حلالا في ذلك ولا يحل حراما على من علمه في باطن الأمر؛ لأن حكم القاضي عندهم إمضاء فينفذ ظاهرا لا باطنا. وقال أبو حنيفة بخلاف ذلك تحليلا وتحريما لأن حكم القاضي عنده إنشاء حكم فيه فينفذ ظاهرا أو باطنا.

٣٤ وإن جرى الحكم على ما يوجب توقعا هل بالوقوع يذهب

هذه قاعدة الحكم إذا جرى على التوقع هل يذهب بالوقوع لأنه تحقيق والتوقع كالإيجاب أو لأنه نفذ؟ قولان للمالكية؛ والتوقع: الانتظار . وقوله يوجب توقعا بفتح الجيم ونصب توقعا على نزع الخافض أي على ما هو موجب التوقع بمعنى أن التوقع يوجب.

أشار بقوله كالزرع إلى مسألة الزرع تأكله الماشية بالليل فيغرم ربها قيمته ثم يعود الزرع لهيئته؛ فهل يرد ربه القيمة لارتفاع الحكم بالوقوع أو لا يردها لأنه حكم نفذ؟ قولان.

وبقوله والسن إلى مسألة السن تقلع خطأ فيغرم عقلها ثم تنبت؛ فهل يرد العقل أم لا؟ ابن القاسم: لا يرد، أشهب: إن لم يبق شيء رد.

وبقوله وعين إلى مسألة العين تصاب فيغرم عقلها ثم تبرأ؛ فهل يرد العقل وهو قول ابن القاسم وإياه اعتمد خ إذ قال: " ورد في عود البصر " أو لا يرد؟ وهو قول أشهب.

وبقوله وكرا إلى مسألة المكثرة يتعدى بها المكثري في مسافة الكراء فتضل ويغرم قيمتها ثم توجد؛ فهل يرد القيمة أخذها ويقبض دابته أم لا يردها وتكون الدابة للمتعدى؟ وهو قول مالك في كتاب الغصب والشفعة من المدونة، قال: ولو شاء ربها لم يعجل ، وإلى مسألة الرحي تكري ثم ينقطع ماؤها فيفسخ ربها الكراء وهو يرى أنه لا يعود عن قرب ثم يعود؛ فهل يمضى الفسخ كحكم مضى أو يرتفع للخطأ في التقدير ويعود الكراء؟ اللخمي : وهو أحسن كمن خرص عليه أربعة أوسق فرفع خمسة، وأشار إلى هذا بقوله: ورفعها بما الرحي اللخمي يرى؛ أي يرى رفع الحكم في ماء الرحي ينقطع ثم يعود عن قرب، قال: إلا أن يكون المكثري بعد انقطاعه أكثرى غيرها أو نحو ذلك من العذر؛ فيمضى الفسخ وإن لم يتفاسخا حتى عاد عن قرب بقي الكراء على حاله؛ وإن عاد عن بعد جرت على قولين هل ذلك فسخ أو حتى يفسخ اهـ وقد تقدم نظائر هذه الفروع عند قول الناظم: "وهل بنفي علة يزول حكم".

ومن فروع هذه القاعدة عودة العقل أو السمع وقوة الجماع بعد غرم العقل. ومنها الدابة يتعدى بها مستعيرها مسافة الإعارة فتضل فيغرم قيمتها ثم توجد، ومنها الدابة المغصوبة تضل أو العبد يابق فتغرم القيمة ثم يوجد ذلك، ومنها القصار يتلف عنده الثوب فيغرم قيمته ثم يوجد، ومنها من ادعي عليه شيء فأنكر فصولح عليه ثم وجد بيده.

السجل ماسي أيضا: الذي وقفت عليه في قوة الجماع وما معه رد العقل لا غير وفي الفروع بعده عدم الرد لا غير، وهو الذي نقل المنجوري اهـ السجل ماسي: أيضا ولا يبعد إجراء الخلاف في الجميع اهـ

٣٦ هل ينقض الظن به كمن رجع عن اجتهاد لتغير وقع

٣٧ في كأوان قبلة حكم وفي نقل أبي عمرو بذا نقض قفي

هذه قاعدة هل الظن ينقض بالظن أم لا؟ كمن رجع عن اجتهاد لآخر لأجل تغير وقع له في الاجتهاد؛ ومثل لها الناظم:
فأشار بقوله كأوان جمع آنية وآنية جمع إناء إلى مسألة من اجتهد في أحد الأواني النجس بعضها ثم تغير اجتهاده إلى غيره فهل ينتقل إليه أم لا؟
وبقوله قبلة إلى مسألة من اجتهد في القبلة إلى جهة وصلى ثم تغير اجتهاده إلى جهة أخرى؛ هل يعيد أم لا؟ قال الحطاب بعد قول خ: "وإذا اشتبه طهور بمتنجس أو نجس صلى بعدد النجس وزيادة إناء": وعلى القول بالتحري أي الاجتهاد لو صلى بما غلب على ظنه أنه طاهر ثم تغير اجتهاده فإن كان إلى اليقين غسل ما أصابه منه وأعاد الصلاة؛ وإن تغير إلى الظن فيتخرج على القولين في نقض الظن بالظن؛ كالمصلي إلى القبلة باجتهاده ثم يغلب على ظنه أنه أخطأ القبلة؛ فإن تغير اجتهاده بعلم أعاد صلاته وبظن قولان كنقض ظن الحاكم بظنه. قال في الشامل: فإن تغير اجتهاده بعلم عمل عليه لا بظن على الأظهر اهـ.

وبقوله حكم إلى مسألة القاضي يحكم بعد أن اجتهد ثم يتغير اجتهاده إلى غير ذلك الحكم فهل ينقض أو لا؟ قولان؛ الأول لابن القاسم والثاني لابن الماجشون وسحنون وغيرهما، ابن محرز: وهذا أقوى ولو كان يجوز له فسخه لرأيه لكان له فسخ الثاني فتسلسل، والأول قول مالك في المدونة واعتمده خ في قوله: "ونقضه هو إن ظهر أن غيره أصوب" قاله السجل ماسي اهـ.

ومثل الأواني الثياب النجس بعضها يجتهد فيها فيصلح فيتغير اجتهاده؛ فهل تعاد الصلاة أم لا؟ قولان، وفي نقل أبي عمرو: يشير إلى ما وقع لأبي عمرو بن الحاجب من التناقض بنقله في كتابيه المختصر الفرعي والمختصر الأصلي في مسألة حكم القاضي؛ فقال في الفرعي: فلو حكم قصدا فظهر أن غيره أصوب فقال ابن القاسم يفسخ الأول وقال ابن الماجشون وسحنون لا يفسخ وصوبه الأئمة، وقال في الأصلي: لا ينقض

الحكم في الاجتهاديات منه ولا من غيره باتفاق للتسلسل فتفوت مصلحة الحاكم اهـ فحكى في الفرعي الخلاف وفي الأصلي الاتفاق وذلك تناقض.

٣٨ هل يقتضي تكرارا الأمر وهل يصير منهي بنهي مضمحل

٣٩ لأول الولوغ والدخول حكاية وسجدة تؤول

٤٠ للثان حالف وصيد محرم وفيئة ونحوها فلتعلموا

ذكر في الأبيات قاعدتين: الأولى الأمر هل يقتضي تكرار الأمر به أم لا؟ الثانية: النهي هل يصير المنهي عنه مضمحلا كالعدم أم لا؟ والمضمحل: الذاهب المنعدم؛ وهذا بمعنى قولهم النهي هل يدل على فساد المنهي عنه أم لا؟ وهو راجع إلى قاعدة المعدوم شرعا كالمعدوم حسا أم لا؟

قوله لأول الخ أي للأصل الأول تعدد الولوغ في الماء من كلب واحد أو كلاب؛ هل تكرر السبع الأمور بها في الحديث ((إذا ولغ الكلب في إناء أحكم فليرقه ثم ليغسله سبع مرات)) أخرجه مسلم، بما إذا ولغ الكلب في الإناء ولوغا متعددا أو ولغ فيه كلاب متعددة أو لا تتعدد؟ قولان للمالكية، وعدم التعدد هو المشهور ففي خ: "ولا يتعدد بولوغ كلب أو كلاب"، قال ابن هارون: سبب الخلاف الألف واللام في الكلب هل هي للماهية أو للجنس؟ فعلى الأول يتكرر وعلى الثاني لا يتكرر، وهو خلاف ما للناظم من المبني.

وأشار بقوله والدخول إلى مسألة دخول المسجد هل تتكرر تحية المسجد بتكرره أم لا؟ وهو المعروف؛ قال ابن ناجي: وهذا بخلاف السلام؛ بل يسلم على من لقي ولو لم يحل بينهما إلا شجرة؛ على هذا مضى السلف وقبله شيخنا الشيبيني وكان يفتي به وهو صواب لتأكد السلام انتهى.

وبقوله حكاية إلى مسألة حكاية الأذان لمن سمعه هل تتكرر بتكرار المؤذنين أم لا؟ قولان، واختار اللخمي التكرار، وصرح الونشريسي بأن المشهور عدم التكرار؛ وفي كلام صاحب الطراز ميل إليه.

وبقوله وسجدة تؤول أي ترجع إلى مسألة سجدة التلاوة هل يسجد قارئها كل مرة أم لا؟ وفي خ: "وأصل المذهب تكريرها إن كرر حزبا إلا المعلم والمتعلم فأول مرة".

وأشار بقوله للثاني حالف الخ إلى أن من أمثلة الأصل الثاني مسألة من حلف ليتزوجن فنكح نكاحا فاسدا يفسخ ففي بره قولان؛ ومشى في خ على عدم بره.

وبقوله صيد محرم إلى ما صاده المحرم أو صيد له إذ الإضافة تقع بأدنى سبب؛ فهل هو ميتة - وهو مذهبا - أو ليس بميتة وهو مذهب الشافعي؟ وفي خ: "وما صاده محرم أو صيد له ميتة".
 وبقوله فيئة إلى مسألة وطء المولي في الحيض أو الصوم أو الإحرام هل هو فيئة ينحل بها الإيلاء أم لا؟ وهو المشهور، وتقدمت هذه الأمثلة في قاعدة المعدوم شرعا هل هو كالمعدوم حسا.
 ومن هذه الفروع من حلف ليطأن الليلة زوجته فوطئها حائضا هل يبر أم لا؟

- | | | |
|----|--------------------------|----------------------------|
| ٤١ | وهل قريب الشيء كهو كالذي | نوى أو استجمر أو زكى احتذى |
| ٤٢ | كحج اضحاة نكاح وسلم | صرف وثنيا عهدة صلح عدم |
| ٤٣ | معين مراهق وصانع | وامرأة تعطي لشرط مانع |
| ٤٤ | أو بتبرع خيار مستحق | وشفعة وصية وما لحق |
| ٤٥ | من كثمار مكثر مع وكيل | وناظر وشبهها من القليل |

هذه قاعدة هل قريب الشيء كذلك الشيء ، فيعطى له حكمه أم لا؟ ومثل لها بقوله كالذي نوى أي من قدم النية قبل محلها في الوضوء والصلاة بيسير هل تجزئ أم لا؟ قولان؛ ففي خ في نية الوضوء: " وفي تقدمها بيسير خلاف "

وبقوله: أو استجمر إلى مسألة من استجمر وجاوزت النجاسة محل الاستجمار بيسير هل يجزئه الاستجمار عن الاستنجاء أم لا؟ قولان؛ والمشهور الإجزاء، خلافا لابن عبد الحكم؛ وفي خ في تعداد ما يتعين فيه الاستنجاء: " ومنتشر عن مخرج كثيرا " فافهم أنه إذا انتشر قليلا أجزأ.

وبقوله أو زكى إلى من قدم زكاة العين أو الماشية قبل وقت الوجوب بيسير فهل تجزئه أم لا؟ قولان، المشهور الإجزاء، ففي خ عاطفا على ما تجزئ فيه: " أو قدمت في عين أو ماشية " اهـ ولابن القاسم تجزئ إن قدمت شهرا؛ وفي المبسوط قول مالك إن قدمت شهرين أجزأت.

وكذا من قدم زكاة الفطر قبل وقت الوجوب بيسير هل تجزئه أم لا؟ الإجزاء للمدونة؛ ففيها إن وداها قبل يوم الفطر بيوم أو يومين فلا بأس به؛ وفعل ذلك ابن عمر؛ وعدم الإجزاء لابن مسلمة وابن الماجشون؛ وذهب اللخمي إلى إطلاق المعطى له من مفرق ومصرف؛ وذهب ابن يونس إلى التقييد

بالمفرق فلا تعطى للمصرف قبل وقتها؛ وفي خ - عاطفا على ما يجوز :-
" وإخراجه قبله بكاليومين وهل مطلقا أو يفرق تأويلان".

وبقوله كحج إلى مسألة من تطيب في حال إحرامه بحج أو عمرة وأزاله
بالقرب؛ أو ألفت الريح عليه الطيب فأزالها قرب استيقاظه؛ ففي خ - عاطفا
على ما لا فدية فيه :- "ومصيبا من إلقاء ريح أو خلوق كعبة وخير في نزع
يسيره وإلا افتدى إن تراخى في نزع" اهـ أي يخير في نزع يسير خلوق
كعبة؛ ويفهم منه حكم مسألة إلقاء الريح أو الغير؛ ومن لم ينزع ما أصابه
من ذلك وتراخى أن عليه الفدية سواء كان يسيرا أو كثيرا اهـ

وفي بعض النسخ بدل قوله كحج في الصيد أشار به إلى مسألة الصيد يكون
قرب الحرم فيرسل عليه فيقتل؛ ففي خ - عاطفا على ما في الجزاء :- "أو
أرسل بقربه فقتل خارجه " الضمير في خارجه عائد على الحرم؛ أي يجب
عليه الجزاء إذا أرسل خارج الحرم وبقربه فدخل ثم خرج فقتل الصيد
خارجه لأنه منتهك حرمة الحرم اهـ. فإن قتل قرب الحرم قبل أن يدخله فلا
جزاء عليه عند مالك وابن القاسم وعليه الجزاء عند ابن عبد الحكم؛ وهذه
الصورة الأخيرة هي المتبادرة من كلام الناظم؛ والاصطياد بقرب الحرم
منهي عنه إما منعا أو كراهة لقوله صلى الله عليه وسلم: ((كالراتع حول
الحمي يوشك أن يقع فيه))، السجلماسي: والظاهر الكراهة.

وبقوله أضحية إلى قطع اليسير من أذن الأضحية أو ذنبها؛ فقيل يغتفر وقيل
يكره، الباجي: ثلث الأذن يسير وثلث الذنب كثير؛ لأن الأذن طرف جلد
والذنب لحم وعصب، ابن رشد: ما دون الثلث يسير والنصف كثير واختلف
في الثلث، وفي خ - عاطفا على ما يضر في الأضحية :- "وداهية ثلث ذنب
لا أذن".

وبقوله نكاح إلى مسألة تقدم عقد النكاح على إذن المرأة بالزمن اليسير
وكذلك أذن الزوج أو الولي، فالنكاح الموقوف يكون في الثلاثة اهـ في خ
في الافتيات على المرأة: "وصح إن قرب رضاها بالبلد ولم يقر به حال
العقد " ومثلها من زوج ابنه البالغ ثم بلغه ذلك فرضي، نص على ذلك ففيه
ثلاثة أقوال ثالثها المشهور إن تعقبه قريبا صح، وفي جب في الافتيات على
الولي: فإن لم يكن مجبرا وهي ذات قدر فقال مالك ما فسخه بالبين ولكنه
أحب إلي، وتوقف إذا أجازة الولي بالقرب، وقال ابن القاسم: له إجازته
ورده ما لم يبين، وقال أيضا: له إجازته بالقرب وإلا رد ما لم يطل بعد
البناء، وقيل يرد وقيل يمضى، وفيها إن دخل بها عوقبت المرأة والزوج
والمنكح والشهود إن علموا اهـ. ضيغ: حكى في جب في المسألة خمسة
أقوال: أحدها: أنه ماض مطلقا، والثاني لسحنون: يفسخ أبدا وإن تطاول،

والثالث : الوقف في إجازة الولي بالقرب، والرابع أن الخيار للولي في فسخه وإمضائه ما لم يدخل، والخامس الخيار إلا أن تطول إقامته معها وتلد الأولاد اهـ والقولان الأولان هما المراد في مسألة الناظم. وبقوله وبسلم إلى مسألة تأخير رأس مال السلم بالشرط اليومين والثلاثة؛ فهل يجوز أو لا يجوز؟ قولان المعتمد الجواز وهو مذهب المدونة؛ وفي خ: " شرط السلم قبض رأس المال كله أو تأخيره ثلاثا ولو بشرط " ، والمنع لابن سحنون واختاره ابن الكاتب وعبد الحق وصاحب الكافي لأنه ظاهر النهي عن الكالئ بالكالئ.

وبقوله صرف إلى مسألة تسلف أحد المصطرفين بالقرب من عقد الصرف هل يضر في صحة الصرف أم لا ؟ و تسمى الصرف على الذمة والمشهور فيها وهو مذهب المدونة الصحة خلافا لأشهب، في جب: وتسلفا أو أحدهما وطال بطل اتفاقا وإن لم يطل صح خلافا لأشهب اهـ والمراد بقوله وإن لم يطل أي في تسلف أحدهما أو تسلفهما معا فمتفق فيه على الفساد وإن لم يطل لأنه مظنة الطول؛ والتعليل بالمظنة لا يتخلف الحكم فيه عند تخلف العلة اهـ وفي خ: " أو غاب نقد أحدهما وطال " فمفهومه إن لم يطل صح اهـ وأشار به أيضا إلى مسألة المفارقة اليسيرة بعد عقد الصرف من المصطرفين هل تضر أم لا؟ ومشهور المذهب وهو قول مالك في المدونة أنها تضر؛ قال فيها في الذي يدخل تابوته ثم يخرج الدراهم: لا يعجبني؛ وقيل إنه لا يضر، وقيد في ضيح بمنع المفارقة اليسيرة بما إذا لم تكن لإصلاح العقد؛ أما إذا كانت لإصلاحه كما لو فارقه الحانوت والحانوتين لتقليب ما أخذه أو وزنه فتجوز؛ قال: وهذا مذهب المدونة أيضا والعنابية، وحمل اللخمي ذلك على الخلاف وابن رشد على الوفاق؛ ومشى في خ على المنع مطلقا إذ قال - عاطفا على ما يمنع من الصرف :- "ومؤخر ولو قريبا "

وبقوله وثنيا إلى مسألة البائع يقول له المشتري بعد البيع إن جئتني بالثمن إلى شهر مثلا فالمبيع رد عليك؛ فجاءه به بعد الشهر بالقرب منه؛ فهل يكون له ذلك أم لا ؟ قولان.

وبقوله عهدة إلى عهدة الثلاث أو السنة يحدث العيب بعد انقضائها بالقرب هل يرد به أم لا؟ وقال المتيطي: واختلف فيما إذا ظهر في عهدة السنة ما يشك في حقيقته ثم انتشر واتضح بعد تمام السنة؛ فقال ابن القاسم وابن كنانة: لا يرد بذلك؛ وقال ابن الماجشون وابن وهب وأشهب وأصبغ وابن حبيب : يرد به، وعن ابن القاسم أيضا: إن قوي دليل ذلك في السنة وتحقق بعدها بالقرب رد به وإلا فلا اهـ. وفي بعض النسخ - بدل عهدة قسمة؛

والمراد به التراجع في قسمة القرعة أجازة اللخمي في اليسير؛ كدارين قيمة إحداهما مائة والأخرى تسعون؛ فيعطى أخذ ذات المائة خمسة؛ ظاهر المدونة والرسالة المنع مطلقا؛ ومذهب اللخمي جواز القليل؛ وعليه اعتمد خ - عاطفا على ما لا يجوز في القسم :- " أو فيه تراجع إلا أن يقل " .
وبقوله صلح عدم إلى مسألة ما إذا عدم أي استحق ما صلح عليه وهو بيد المدعى عليه وهو منكر؛ فإن كان عن طول وبعد من الصلح فلا رجوع للمدعى عليه المستحق من يده على المدعى فيما أخذه منه؛ وإن كان عن قرب فقولان على قاعدة ابن القاسم يرجع بما دفع إن لم يتغير سوقه أو بدنه وإلا بقيمته، سحنون: لا يرجع على المدعى بشيء لأنه دفع الخصام بما أعطاه لا لشيء ثبت عليه، وقول ابن القاسم أحسن لأنه يقول للمدعى إن كنت محقا في دعواك فهو شراء فعليك الرد وإن كنت مبطلا فلا يحل أخذه بباطل، وإن استحق ما بيد المدعى فهل يرجع بقيمة ما قبض أو مثله أو الخصومة ثالثها الخصومة إن استحق بحدثان؛ وفي خ: " وإن صالح فاستحق ما بيد مدعيه رجوع في مقربه لم يفت وإلا ففي عوضه كإنكار على الأرجح لا إلى الخصومة وما بيد المدعى عليه ففي الإنكار يرجع بما دفع إن لم يفت وإلا بقيمته " . اهـ فقول الناظم صلح عدم أي مصالح عليه أو به استحق فعدمه مجاز عن استحقاقه من يد المدعى عليه أو المدعى. وفي بعض النسخ علم بدل عدم؛ ومعناه يعني أن فرع الصلح معلوم لأهل الفقه منصوص عليه في كتبهم.

وبقوله معين إلى مسألة بيع معين يتأخر قبضه بيسير، المنجوري: قيل يمتنع إلى أجل بعيد كخمسة أيام ويجوز إلى قريب كثلاثة وفيما بينهما تنازع لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر، ومنه معين يتأخر قبضه لأجل بعيد؛ فكأن المشتري زاد البائع في ثمنه ليضمنه؛ لأن النظر إليه قبض فدخل في ضمان المشتري ثم نقل للبائع؛ فللضمان حصة من الثمن، على أنه اختلف في الأجل القريب أيضا هل يجوز وإن لم تكن فيه منفعة للمشتري؛ أو بقيدها كخدمة أمة وركوب دابة وإلا كره، ويمكن أن يكون هذا الخلاف هو مراد الناظم، أو يقال لا يلزم أن تكون فروع الأصل المختلف فيه كلها مختلفا فيها؛ فقد يتفق المذهب في بعضها وهو كثير اهـ والمعين المتأخر القبض إن لم يكن في ملك البائع فغرره ظاهر وإلا فبقاؤه على صفته غير معلوم. وأما الرباع فيجوز بيع الدار واستثناء سكنها مدة لا تتغير فيها غالبا؛ وفي حدها بسنة أو لا ستة أقوال؛ وفي خ - عاطفا على ما يجوز في الإجارة :- " وبيع دار لتقبض بعد عام " .

وبقوله مراهق إلى مسألة المراهق في طلاقه وحده وقتله وإسلامه وإنكاحه والإسهام له لقربه من البلوغ؛ والمشهور عدم لزوم طلاقه ومقابلته لابن شعبان؛ قال: من ناهز البلوغ إن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها يفرق بينهما؛ واشترط خ في الطلاق وفي الزنى والشرب والقذف التكليف في الحدود بها؛ وفي باب الردة منه: " وحكم بإسلام من لم يميز لصغر أو جنون بإسلام أبيه فقط كأن ميز إلا المراهق والمتروك لها فلا يجبر بقتل إن امتنع ويوقف إرثه " اهـ.

وبقوله وصانع إلى الصانع يدعى بقرب دفع المصنوع إلى ربه كاليومين ونحوهما أنه لم يقبض الأجرة فهل القول قوله أم لا؟ وفي خ: " والقول للأجير وللحمال بيمين في عدم قبض الأجرة وإن بلغ الغاية إلا لطول فمكتره بيمين " .

وبقوله وامرأة تعطي لشرط مانع إلى مسألة المرأة تعطي لزوجها مالا على أن لا يتزوج عليها أو أن لا يطلقها ثم يتزوج عليها أو يطلقها بالقرب فهل لها الرجوع أم لا؟ والمنصوص رجوعها عليه إن كان ذلك بالقرب كما في ضيغ وغيره، وفي خ: " إلا أن يهبه على دوام العشرة كعطية ذلك فيفسخ " اهـ استثناء من قوله قبله كالعدم أي فترجع عليه إذن.

وبقوله أو تبرع إلى مسألة المرأة تتبرع بثلث مالها ثم بعده تتبرع بثلث آخر؛ أو تتبرع بما زاد قليلا على الثلث؛ وفي خ: " وليس لها بعد الثلث تبرع إلا أن يبعد " وقال أصبغ: إذا أعتقت عبدا ثم عبدا والزوج غائب فإن كان بين ذلك ستة أشهر فكل واحد عتق مؤتلف ينظر فيه هل يحمله الثلث أم لا؟ وإن كان بين ذلك اليوم واليومان فإن حمل الجميع الثلث مضى كعتقها لهم في كلمة واحدة؛ فإن كان بين ذلك مثل الشهر والشهرين مضى الأول إن حملة الثلث ورد ما بعده وإن حملة الثلث؛ وأما ما زاد على الثلث قليلا فقال ابن القاسم فيها: للزوج رد الزائد على الثلث وما معه؛ سواء كانت الزيادة يسيرة أو كثيرة؛ وقال فيها أيضا: إذا زادت على الثلث كالدينار وما خف فإن الجميع يمضى للعلم أنها لم تقصد بما خف الضرر بخلاف ما إذا كثرت الزيادة فإن له حينئذ رد الجميع، وفيها عن المغيرة: وبه قال ابن الماجشون؛ أنه لا يرد إذا زاد على الثلث؛ وفي خ: " وله رد الجميع إن تبرعت بزائد الثلث " فشمّل كلامه الزائد اليسير .

وبقوله خيار إلى مسألة الخيار هل ينقضي بغروب الشمس أو يكون الرد في كالغد؟ قولان: الأول لأشهب والثاني للمدونة وهو المشهور واعتمده خ إذ قال: " ورد في كالغد " .

وبقوله مستحق إلى مسألة استحقاق اليسير المقوم واليسير ما دون الجل، السجلماسي: الذي وقفت عليه الآن أن استحقاق اليسير المعين إنما يوجب الرجوع بحصته من الثمن لبقاء أصل المعقود عليه .

وبقوله وشفعة إلى مسألة ما يحط من الشفيع بهبة مما حط للمبتاع فإنه يحط عن الشفيع منه القليل الذي يحط عادة، وفي خ: " وحط ما حط لعيب أو هبة إن حط عادة أو أشبه الثمن عادة " ويحتمل أن يراد بقوله وشفعة ما فوق العام بيسير؛ أشهب: في سقوطها سكوت الشفيع سنة؛ وبالحق في ذلك حتى قال: إذا غربت الشمس من آخر أيام السنة فلم يقم فلا شفعة له؛ وقال أحمد بن ميسر: ما قارب السنة فحكمه حكمها .

وبقوله وصية إلى مسألة من أوصى ببيع عبده من فلان فيأبى فإنه يحط من ثمنه ثلثه؛ فإن أبي قيل للورثة ببيعوه بما قال وإلا فأعطوا له ثلث العبد بتلا، وإليه يشير في خ بقوله: " أو القضاء به لفلان في له " وقوله: "وبيعه نقض ثلثه والأخير للوارث في بيعه أو عتق ثلثه أو القضاء به لفلان" الخ.

وبقوله: وما لحق من كثمار إلى مسألة شراء ما لم يبد صلاحه من كثمار بعد شراء أصله فهل يجوز أو لا يجوز؟ ثالثها يجوز بحدثان عقده فقط ورابعها يجوز في الثمار دون غيرها؛ والمشهور الأول بناء على أن الملحق بالعقد كالواقع معه، وعليه مشى في خ في قوله: "وقبله مع أصله أو ألحق به يحيى: وحد البعد في ذلك عشرون يوماً، ومثل الثمار مال العبد وخلفة الفصيل والزرع، قال بعضهم: ولو جزأ الأصل ثم أراد شراء الخلفة؛ أو أعتق العبد أو باعه ثم أراد أن يشتري ماله؛ أو باع الأرض أو النخل ثم أراد شراء الثمرة أو الزرع لم يجز اتفاقاً .

وبقوله مكثر إلى مسألة المكثري يدعي دفع الكراء بعد انقضاء الوجيبة بالقرب؛ وإلى مسألة الجمال يطلب الكراء بعد بلوغ الغاية بقرب كاليومين؛ وإلى مسألة تعدي مكثري دابة مسافة الكراء بالشيء اليسير؛ فقوله مكثر يشمل هذه المسائل الثلاث كلها .

[وأشار بقوله وكيل إلى مسألة ما إذا زاد الوكيل في الثمن زيادة يسيرة كثلاثة دنانير في مائة ودينارين في أربعين فإنه لازم للأمر؛ بخلاف إذا نقص اليسير من الثمن في البيع، والفرق أن الشراء لا يتأتى غالباً بما يحده الأمر حتى لا يزيد عليه شيئاً وغرضه تحصيل المشتري ولا يحصل إلا بتمكين الوكيل من زيادة يسيرة؛ بخلاف البيع فإنه لا يلزم الموكل لكونه يتأتى بما حد له أو يرد على الموكل ما وكله على بيعه، وقيل النقصان اليسير من الثمن كالزيادة فيه، ثم هو مصدق في دفع ذلك إذا لم يسلم

المشتري لربه كأن سلمه وقرب طلبه منه فلا إلا أن يشتغل عنه بحاجة أكيدة أو يكون في سفر فيقدم؛ رواه عيسى عن ابن القاسم وتردد فيه التونسي؛ وخرجه المازري على الخلاف فيمن أخرج من ذمة إلى أمانة فإن كثرت الزيادة خير الموكل في المشتري فإن لم يرض لزم الوكيل كشرائه معيبا عالما به إلا أن يكون شراؤه فرصة والعيب خفيف فيلزم الموكل .
ومثل ذلك الوكيل يدعي الدفع لموكله بقرب الوكالة (المنجور)
وأشار بقوله ناظر إلى وصي اليتيم يدعي الدفع للوارث بعد الإطلاق بالزمن اليسير . (انظر الونشريسي)

و أشار بقوله وشبهها من القليل إلى بقية فروع القاعدة؛ قال الشارح: أي مما هو قليل بالنسبة لما ذكر وإن كان كثيرا في نفسه كزيادة المستعير في المسافة يسيرا فإنه كالمكتري؛ وكنفوذ شراء سفيه ما قل وإيحاء الأم على ولدها في يسير ورثه منها ولا أب له ولا وصي؛ ويدخل هذا تحت قوله وصية، وكشرط ما قل من عمل في قراض ومساقاة ومغارسة؛ وأخذ شيء من طريق المسلمين لا يضر ويسير الغرر في البيع ونحوها (المنجور).

قال المقري : قاعدة اختلف المالكية في إعطاء ما قرب من الشيء حكمه أو إبقائه على أصله كالعفو عما قرب من محل الاستجمار بخلاف اللازم؛ وكتقديم عقد النكاح على إذن المرأة بالزمن اليسير؛ وقيل لا يضره مطلقا؛ وكلزوم طلاق المراهق لقربه من البلوغ؛ وكتسلف أحد المصطرفين بخلاف تسلفهما معا لطول الأمر فيه غالبا . (قواعد المقري ج ١ ص ٣١٣)
قال الشارح: فقول الناظم خذ أي خذ هذه القاعدة وأجرها في الصيد وما عطف عليه، وفي بعض النسخ احتذي فيحتمل الأمر ويحتمل الماضي مبني للمفعول؛ وفي بعضها حذي بالحاء المهملة من حذا فيتعين مبني للمجهول .

وقوله نكاح يعني النكاح الموقوف سواء تقدم العقد على إذن الزوجة أو الزوج أو الولي . وقوله صلح أراد به صلح المصالح به أو عليه في الإنكار وعدمه مجاز عن استحقاقه من يد المدعي أو المدعى عليه، وفي بعض النسخ علم بدل عدم ومعناه أن فرع الصلح معلوم لأهل الفقه. وقوله وصية صادق على الموصى ببيع عبده من فلان والموصي يزيد على الثلث الشيء اليسير. وقوله وما يحق من كثمار مكتر مع وكيل هكذا رأيت بخط المؤلف ويدخل تحت الكاف الزرع وخلفة الفصيل والمكتري يشمل مكتري الدار يدعي دفع الكراء ومسألة الجمال ومسألة مكتري الدابة يتعدى المسافة والوكيل شامل للمسائل الأربع في الثمن اليسير، وفي بعض النسخ بدل هذا:
..... كذا يحق للمكتري مع شريك وكيل

أي كذا يحق هذا الأصل للمكتري ومن ذكر معه بمعنى أنها تبنى عليه، وأراد بشريك الشريك في الزرع يدعي الدفع لشريكه بعد دفع الإصابة بيسير؛ وكذا تطوع شريك بتأفه في مال أو عمل وإلغاء مرض أحد شريكي العمل أو غيبته يومين واغتفار ما قل كثوب لأحد الشريكين أو عامل القراض عند الانفصال .

وقوله وشبهها هو بالخفض عطف على ما قبله؛ ومن القليل يتعلق به أي وما يشبه هذه الفروع مما هو قليل بالنسبة إلى الفروع المذكورة وإن كان كثيرا في نفسه، وقد حذف المؤلف العاطف في كثير من هذه المسائل وهو كثير في الرجز (المنجور) .

٤٦ هل حكم مالك لما له سبب جار بتمليك قد اقتضى الطلب

٤٧ كقادر مقارض ومن سرق وشفعة تميم ومسحق

هذه قاعدة ثامنة عشر وهي من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك هل يعطى حكم من ملك أم لا ؟ أي هل حكم ثابت لمن له سبب جار قد اقتضى الطلب بتمليك بس

وأشار إلى أول فروعها بقوله كقادر أي كمن له سبب وهو قادر على رفعه بنكاح أو تسر أو تداو هل ينقض وضوءه أم لا؟ وإليه أشار في المختصر بقوله : " كسلس مذي قدر على رفعه " قال الحطاب : يشير به إلى أن سلس المذي إذا كان صاحبه قادرا على رفعه ينقض الوضوء ولا يفصل فيه؛ قال في ضيغ في شرح قول جب وإن كثر المذي للعزبة أو التذكر فالمشهور الوضوء في قابل التداوي قولان ما نصه: قال ابن عبد السلام الخلاف إنما هو في القادر لا كما يعطيه كلام المصنف؛ وينبغي أن يكون في زمن طلب النكاح وشراء السرية معذورا؛ وجعل قوله وفي قابل التداوي قولان راجعا إلى سلس البول؛ خ: وفيه نظر لأنني لم أر أحدا ذكر هذا في البول انظر بقية كلامه؛ وقال ابن فرحون في شرح جب: ومن سلس بوله وكان قادرا على العلاج ففيه القولان المذكوران في القادر على رفع سلس المذي بالتسري والتزويج انتهى . منه

قال الشارح: ويدخل في القادر الفقير القادر على التكسب هل يعطى من الزكاة؟ قال ابن عرفة في إعطائها لشاب صحيح قول مالك ويحيى بن عمر؛ اللخمي: إذا كان ذا صنعة تكفيه وعياله فغني وإن لم تكفه أعطي تمام كفايته .

و أشار بقوله قراض إلى الخلاف في عامل القراض هل يعد مالكا بظهور الربح؟ قال القرافي: وهو المشهور أو بالقسمة فإنه وجد في حقه سبب يقتضي المطالبة بالقسمة وإعطاء نصيبه من الربح فهل يعد مالكا أم لا يملك إلا بالقسمة؟ قولان في المذهب فإن كان أحد المتقارضين حرا مسلما لا دين عليه والأخر كافرا أو عبدا مديانا فلمالك في رواية أشهب مراعاة حال رب المال؛ فإن وجبت عليه وجبت في نصيب العامل وإن لم يكن من أهلها؛ وله في الموازية مراعاة حال العامل؛ فإن كان من أهلها وفي نصيبه من الربح نصاب وجبت إن لم يكن من أهلها . القرافي : وهما مبنيان على المرتقيات متى بعد حصولها هل يوم ترقبت فيملك حصته من الربح بظهوره أو يوم تقرر فلا يملكها إلا يوم القسمة وقبلها لرب المال الجميع فيزكيه على ملكه، وذهب ابن القاسم إلى مراعاة حالهما معا؛ فإن كانا من أهلها وحصه رب المال مع ربحه نصاب وأقام المال بيد العامل حولا زكى العامل ربحه؛ وإن قل جعلهما كمالك واحد، وإن سقطت عن أحدهما سقطت عن الآخر؛ وعلى هذا مشى صاحب المختصر إذ قال: " وزكى ربح العامل وإن قل إن أقام بيده حولا وكانا حرين مسلمين بلا دين وحصه ربه بربحه نصاب" [١]

و أشار بقوله وسرق إلى مسألة من سرق من الغانمين من الغنيمة بعد حوزها وقبل القسمة هل يقطع أم لا ؟ والمشهور في المذهب إيجاب القطع لضعف الشبهة في الغنيمة لا سيما مع كثرة الجيش وقلة المغنم، وقال ابن الماجشون : إن سرق فوق حقه نصابا من المغنم قطع وإلا فلا، وفي خ في عد شروط المسروق : " تام الملك لا شبهة له فيه وإن من بيت المال والغنيمة" .

وبقوله وشفعة إلى مسألة أحد الشريكين يبيع حصته بعد بيع شريكه؛ فهل يعد مالكا للشقص المبيع بنفس بيعه وتكون له الشفعة أو تسقط بنفس ما باع هو وما يستشفع به ؟ قولان والمشهور السقوط وعليه مشى في خ في تعداد مسقطات الشفعة : " أو باع حصته " .

(١) من قوله في شرح البيت ٤٥ : وأشار بقوله إلخ إلى هنا سقط مقابله من الشرح ويشمل بقية البيت ٤٥ والبيتين ٤٦ و ٤٧ وأول شرحهما، وأثبتنا مقابله من المنجور الذي اختصر منه السجلماسي الذي اختصر منه الشارح، والغريب أن هذا ساقط أيضا من نسختين مخطوطتين اطلعت عليهما من السجلماسي، فلعل أصلهما هو أصل الشارح والله أعلم.

وبقوله تيمم إلى مسألة من وهب له الماء بعد أن تيمم؛ فهل يبطل تيممه - بناء على لزوم قبول هبته وهو المشهور الذي مشى عليه خ في قوله: "وقبول هبة ماء" وقيد بعدم تحقق المنة - أو لا يبطل تيممه؟
وبقوله ومستحق إلى مسألة استحقاق الجل من العروض وسائر المقومات هل يحرم التمسك بالباقي أم لا؟ المشهور الأول؛ وفي خ: "ولا يجوز التمسك بأقل استحق أكثره"، والثاني لابن حبيب بناء على أحد قولي ابن القاسم في جواز جمع الرجلين سلعتيهما في البيع اهـ ولم يجعلوا من فروع هذه القاعدة جبر الغرماء المفلس على التكسب وتسلف واستشفاع ونزع مال رقيق وما وهب لولده لأنهم لم يعاملوه على التزام ذلك كما لا يلزمه قبول معروف كسلف ووصية وهبة وصدقة؛ وكذا اتفق على أن للعبد اختيار العبودية إن قال له سيده أنت حر إن شئت اهـ

٤٨ وعاب من ملك أن يملك هل يعد مالكا قرافي فبطل

أي عاب القرافي في فروقه قول الأقدمين من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا؟ فبطل هذا الكلام عنده؛ فإن الأقدمين جعلوا ذلك قاعدة ومثلها بأمثلة هذه القاعدة المتقدمة وهي من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك هل يعد مالكا أم لا؟ وبيان بطلان قولهم إن الغني مثلا ملك أن يملك أربعين شاة فهل يتخيل أحد أنه يعد مالكا قبل شرائها حتى تجب عليه الزكاة على أحد شطري القاعدة ونحو ذلك؛ بل هذا لا يتخيله من عنده أدنى مسكة من العقل والفقهاء؛ بل القاعدة التي يمكن أن تجعل قاعدة شرعية ويجري الخلاف في بعض فروعها لا في كلها قاعدة من جرى له سبب المطالبة الخ بل هذه القاعدة على ما فيها من القوة من جهة قولنا جرى له سبب التملك ففي تمشيتها عسر لأجل كثرة النقوض عليها، أما قولهم من ملك أن يملك مطلقا من غير جريان سبب يقتضي مطالبة بالتملك ولا غير ذلك من القيود فجعله قاعدة شرعية ظاهر البطلان؛ فليس فيه إلا مجرد القبول والإمكان وذلك في غاية البعد من المناسبة اهـ قال ابن السبتي: بطلان عبارة الأقدمين المتقدمة إنما هي من حيث الظاهر أما من جهة التأويل فلا؛ والظن بهم أنهم أرادوا من ملك وجرى له سبب الخ.

٤٩ وهل بغسل العضو عنه يرتفع حدثه أم بالفراغ وسمع

٥٠ إنكار بعض كأبي بكر وقد أجيب عنه وكذا بحث ورد

هذه قاعدة هل بغسل العضو من أعضاء الوضوء يرتفع حدثه أم لا يرتفع إلا بإكمال الوضوء والفراغ منه ؟

ومن فروعها تفريق النية على الأعضاء هل يجزئ معه الوضوء أم لا؟ قولان ، الأول ظاهر المذهب وهو قول سحنون والثاني لابن القاسم واستظهره ابن رشد؛ وفي خ عند عده النية الباطلة: " أو فرق النية على الأعضاء والأظهر في الأخير الصحة " وصورة تفريق النية على الأعضاء أن يغسل المتوضئ وجهه بنية رفع الحدث عنه ولا نية له في إتمام وضوئه ثم يبدو له بعد غسل وجهه فيغسل يديه وهكذا إلى آخر الوضوء، وأما من غسل وجهه بنية رفع الحدث عنه مع نية إتمام وضوئه على الفور معتقدا أنه لا يرفع الحدث ولا يكمل وضوءه إلا بالجميع فليس من هذا.

ومنها لابس أحد الخفين قبل غسل الرجل الأخيرة هل يجوز له المسح على الخف بتلك الطهارة قبل أن يخلع الملبوس قبل الكمال أم لا ؟ قولان؛ الأول لأصبغ والثاني مشهور المذهب واعتمده في خ بعد اشتراطه الطهارة الكاملة مخرجا منها: " أو غسل رجليه فلبسهما ثم كمل أو رجلا فأدخلهما حتى يخلع الملبوس قبل الكمال " .

ومنها أيضا مسألة من مس ذكره في أثناء غسله هل يحتاج إلى نية أم لا ؟ قولان؛ الأول لابن أبي زيد في الرسالة والثاني للقاسمي اهـ

وقوله وسمع إنكار بعض الخ : أي وسمع أي قبل إنكار بعض الفقهاء كأبي بكر محمد بن العربي الإشبيلي خزانة العلم وقطب المغرب وجود القول بأن كل عضو يطهر بانفراده؛ فقال في العارضة : هذا أصل ما علم في المذهب ولا قال به شيخ منا؛ فمن عذيري ممن يترك بناء فروع المذهب على أصوله ويطلب لها أصول الشافعية ليغرب بها؟ قال ويلزم عليه جواز مس المصحف لمن غسل وجهه ويديه بيديه وهو خلاف الإجماع اهـ وكذا أنكره ابن رشد تبعا لبعض أشياخه.

وقوله وقد أجيب عنه أشار به إلى أجوبة ابن عبد السلام وابن عرفة والأبي عن الإنكار المذكور كلهم أجاب في كتاب له؛ وأجابوا عن خلاف الإجماع المذكور بأن شرط مس المصحف طهارة الشخص لا العضو لقوله تعالى: لا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ؛ فالعضو قد طهر بالفراغ منه ولا يمس المصحف حتى يطهر الشخص اهـ وبالإجماع على منع مس المصحف لغاسل وجهه ويديه فقط إنما هو لاحتمال عدم تمام وضوئه وتمام تمام وضوئه كاشف رفعه عما فعل فيمن فعل ككشف إمضاء بيع الخيار إنه كان منعقدا يوم نزل. وقوله وكذا بحث ورد أشار به إلى بحث ابن عبد السلام فاعترض كون الحدث لا يرتفع إلا بالإكمال بأنه يلزم عليه أن يجوز للمحدث أن يمس

المصحف بغير أعضاء الوضوء؛ ويلزم عليه أيضا عدم تأثير الحدث وارتفاعه في الطهارة إلا بعد كمالها لأنه إن لم تحصل الطهارة فلا مانع لنقضها؛ فإذن من بال بعد أن غسل الرجل اليمنى مثلا لا يلزمه غير غسل الرجل اليسرى اهـ

٥٠ وهل تعدى رخصة محلها عليه كالنجس هل أبطالها

٥١ معصية كسفر لبس وهل كذا كراهة تردد نقل

تعدى : بضم التاء مبني للمفعول أو بفتحها على حذف إحدى التاءين أي هل تعدى رخصة محلها أم لا ؟ نقل في ذلك تردد، وهل أبطال الرخصة معصية أم لا ؟ نقل في ذلك تردد، وهل أطلت المعصية رخصة أم لا؟ نقل أيضا فيه تردد؛ وعلى الإبطال فهل الكراهة كذلك أو هي كالإباحة نقل فيه أيضا تردد؛ والرخصة هي المشروع لعذر مع قيام المحرم لولا العذر. وأشار إلى تمثيل بعض فروع القاعدة الأولى بقوله عليه كالنجس أي نجس ثوب الظئر أو ثوب الظئر النجس؛ والتقدير الأول على فتح الجيم، والثاني على كسرها، وفي بعض النسخ : كالسلس أي ذي السلس يؤم بغيره أو يصلي غيره بثوبه ونحو ذلك، وفي معناه ذو القروح وهو داخل تحت الكاف، وعلى النسخة الأولى فثوب الظئر هل يقاس على ثوب الأم أم لا ؟ تردد الشيوخ؛ والأصح رد ذلك إلى الوفاق فإن وقع الاضطرار في الظئر من جانبها وجانب الولد عفي عنها وإلا فلا؛ وقول ابن هارون في ذلك بين الأم وغيرها يوجب رد التردد إلى الوفاق؛ وقول خ في تعداد المعفوات: "وثوب مرضعة تجتهد" ظاهره الإطلاق في الأم والظئر اهـ ودخل تحت الكاف في النظم كالنجس ثوب الجزار والكناف فإنه كثوب المرضعة في العفو.

وأشار إلى تمثيل بعض فروع القاعدة الثانية بقوله كسفر لبس؛ فأشار بسفر إلى مسألة قصر العاصي بسفره وفطره وتيممه ومسحه على خفه؛ والمشهور أنه لا يقصر؛ وفي خ: "غير عاص به . " وقيل يقصر رواه زياد ولا يفطر ولا يتيمم؛ وفي خ: "يتيمم ذو مرض وسفر أبيع" ولا يمسح على الخف وفي خ في شروط إباحة المسح: "بلا ترفه وعصيان بلبسه وسفره" فاشتراط نفي العصيان في لبسه وسفره كمن لبسه وهو محرم. وبقوله وهل كذا كراهة الخ أي إذا قلنا لا يترخص بالمعصية فهل الكراهة كالمعصية تبطل الترخص أو ليست مثلها فلا تبطله؟ كصيد اللهو والسفر إلى أرض العدو وبلاد السودان على القول بالكراهة؛ وقول خ أبيع لا يدل

على عدم سنية القصر للاهي فالمكروه غير مباح وعدم السنية أعم؛
والصواب أنه مستحب له أن لا يقصر فإن قصر فلا شيء عليه.

فصل في قواعد الصلاة :

٥٣ هل كل جزء من صلاة مستقل أم أول وقف لآخر قبل

٥٤ عليه طاري العتق فيها والنجس وأمكن الستر ونزع ما لبس

هذه قاعدة هل كل جزء من أجزاء الصلاة مستقل بنفسه أم أولها موقوف على آخرها للقبول شرعا؟ وهو معنى قوله قبل والمراد بالقبول الصحة والأصل فيه ترتب الثواب على العبادة.

ومثل لها بطرو العتق في الصلاة لمكشوفة الرأس التي يمكنها الستر بفتح السين إذ المراد به الفعل هنا هل تقطع أم لا؟

ومثل لها أيضا بطرو النجاسة على المصلي الذي يمكنه نزع الملبوس بسرعة هل يقطع أم لا؟ والمشهور أن سقوط النجاسة على المصلي يوجب قطع صلاته؛ قال الحطاب - بعد قول خ وسقوطها في الصلاة -: سواء أمكنه نزعها أم لم يمكنه؛ وقال مطرف: إن أمكنه نزعها وبنى وإلا ابتدأ اهـ

ومثل لها أيضا بالعريان يجد ما يستتر به في الصلاة؛ وفيهما يقول خ: "فإن علمت في صلاة بعتق مكشوفة رأس أو وجد عريان ثوبا استترا إن قرب وإلا أعادا بوقت" اهـ

تنبيه: مسألة الأمة والعريان يصدق عليهما أنها صليا صلاة بعضها وهو الأخير صحيح وبعضها وهو الأول غير صحيح ومسألة النجاسة على العكس؛ فالذي ينبغي أن يقال في القاعدة - كما للبرزلي - هل كل جزء من الصلاة قائم بنفسه أم بعضها متوقف على بعض؟ وعلى بقائها على قول الناظم نخرج مسألة الأمة والعريان اهـ

ومن فروعها أيضا ناسي سجود الأولى وركوع الثانية هل يجبر سجود الثانية بركوع الأولى أم لا؟.

٥٥ وهل تقدر التي تشترك بأولى أو أخرى لوقت يدرك

هذه قاعدة هل تقدر الصلاة التي تشترك لأجل إدراك الوقت بالأولى أم بالأخرى؟ قوله التي صفة للصلوات؛ أي هل تقدر الصلوات التي تشترك في الضروري وهي الظهر والعصر والمغرب والعشاء؛ وفي بعض النسخ اللوا بدل التي وهي من جموع التي، قوله لوقت يدرك اللام لام التعليل

فيتعلق بتقدير؛ أو هي لام المأل فيتعلق بمحذوف دل عليه الكلام أي آل الخلاف إلى إدراك الوقت هل هو بالأولى أو بالأخرى.

ومن فروعها قدوم مسافر لأربع قبل الفجر اهـ جب: المشتركان لا تدركان معا إلا بزيادة ركعة على مقدار الأولى عند ابن القاسم وأصبع وعلى مقدار الثانية عند ابن عبد الحكم وابن الماجشون وابن مسلمة وسحنون، وفي خ: "والظهران والعشاءان بفضل ركعة عن الأولى لا الأخيرة كحاضر سافر وقادم"

ومنها طهر حائض مسافرة لأربع قبل الفجر اهـ ابن عبد السلام: إن كان الاشتراك يعم الوقت فينبغي أن تدرك الصلاتان بركعتين فأكثر وسبقية الأولى ليست بمبطللة حصة الثانية من الوقت الخ.

٥٦ هل يخرج السلام عنها سهوا نعم ولا لكن ذاك أقوى

٥٧ عليه هل يرجع بالإحرام ثلاثة كالشرب والطعام

هذه قاعدة هل يخرج السلام سهوا عن حكم الصلاة أم لا؟ قولان؛ الأول لابن القاسم والثاني لأشهب وابن الماجشون واختيار ابن المواز وابن أبي زيد. وقول الناظم لكن ذاك أقوى يعني الأول أي أصح من وجهة النظر، ومثل بمثالين: أحدهما من سلم ساهيا هل يرجع بإحرام أم لا؟ في ذلك ثلاثة أقوال: ما روى ابن القاسم عن مالك أنه يحرم مطلقا وهو مذهب الرسالة، والثاني لا يحرم مطلقا لبعض القرويين. والثالث التفصيل: إن قرب لم يحرم وإن بعد أحرم، فالقولان الأولان على القاعدة والثالث على قاعدة ما قرب من الشيء له حكمه، قال المازري: المشهور إن قرب ولم يطل جدا إنه يرجع بإحرام؛ فإن ترك الإحرام لم تبطل صلاته، وقال ابن نافع: تبطل، وفي خ: "وبنى إن قرب ولم يخرج من المسجد بإحرام ولم تبطل بتركه".

وثاني المثالين أشار له بقوله كالشرب والطعام يريد مسألة من أكل وشرب بعد أن سلم سهوا؛ فعلى أن السلام سهوا مخرج عن حكم الصلاة تبطل؛ وعلى عدم إخراجهم ينجبر بالسجود؛ ومجرد السلام سهوا لا يبطل اتفاقا وإنما اختلفوا هل يوجب الإحرام أم لا؟ وهو الفرع الأول والأكل والشرب الخلاف فيهما البطلان والانجبار بالسجود، وفي خ في عد المبطلات: "وبسلام وأكل وشرب وفيها إن أكل أو شرب انجبر وهل اختلف أو لا للسلام في الأولى أو الجمع تأويلان" واللام في السلام والجمع للعلة.

تنبيه: محل الخلاف في سلام السهو إذا سلم المصلي قاصداً للتحليل وهو يرى أنه قد أتم الصلاة ثم يشك أو يوقن أن صلاته لم تتم، وأما إن سلم ساهياً غير معتقد لتمام صلاته فقال في المقدمات: لا يخرج بهذا بإجماع اهـ.

٥٨ هل اجتهاد أم إصابة تجب عليه قبلة كمسكين كذب

٥٩ إن لم يل الوالي وإلا جوزا وراعف أو خارص ذبح جزا

هذه قاعدة هل الواجب الإجهاد أو الإصابة؟ وقد مر أن هذه القاعدة من معنى قاعدة الحكم بما ظاهره الصواب والحق وباطنه خطأ وباطل؛ هل يغلب حكم الظاهر فينفذ أم يغلب حكم الباطن فتد الأحكام؟ ومثل هنا بقوله قبلة إشارة إلى مسألة من اجتهد في جهة القبلة فأخطأ فيها؛ هل تلزمه إعادة بناء على القول بوجوب الإصابة أم لا تلزمه بناء على القول بأن الواجب الاجتهاد؟ وقد وقع قولان: الأول للشافعي والثاني لأبي حنيفة، ومذهبنا كما في المدونة أنه يعيد في الوقت وفي خ: "وبعدها أعاد في الوقت المختار" أي إن تبين الخطأ بعد الفراغ من الصلاة. وبقوله كمسكين كذب إلى مسألة من دفع زكاته لغني ظنا منه أنه فقير وتعذر ردها فهل تجزئه أم لا؟ قولان.

ومثل المسكين الكاذب كل من لا يستحقها كعبد وكافر ففيها بعد الوقوع وتعذر الرد قولان، وقيل لا تجزئ فيهما وتجزئ في الغني لأن حاله يخفى غالباً.

قوله إن لم يل الوالي يريد أن محل الخلاف فيهما إذا نوى دفع الزكاة أربابها؛ وأما إن دفعت للوالي لغير المستحق باجتهاده فذلك نافذ اتفاقاً؛ وفي خ في عد ما يجزئ: "أو دفعت باجتهاد لغير مستحق وتعذر ردها إلى الإمام".

وبقوله وراعف - بالرفع عطفاً على قبلة أو بالخفض عطفاً على مسكين - أشار به إلى مسألة من راعف مع الإمام فخرج لغسل الدم وظن بعد الغسل فراغ إمامه من الصلاة فأتم مكانه ثم أخطأ ظنه؛ فالمشهور أن صلاته صحيحة وهو قول ابن القاسم، وكذا العكس وهو إذا ظن بقاء الإمام ورجع فأخطأ ظنه ووجد الإمام قد فرغ من صلاته فصلاته صحيحة ويتم في الموضع الذي علم فيه بفراغ الإمام إذا أمكنه، وفي خ: "وأتم مكانه إن ظن فراغ إمامه وأمكن وإلا فالأقرب إليه وإلا بطلت".

وبقوله وخارص إلى مسألة خارص التمر والعنب في الزكاة يتبين خطؤه بأن زاد ذلك على تخريصه هل يزكى الزائد أم لا؟ وفي المدونة: ومن

خرص عليه أربعة أو سق فوجد خمسة فأحب إلي أن يؤدي لقلة إصابة الخراص اليوم، وفي خ: " وإن زادت على تخريص عارف فالأحب الإخراج وهل على ظاهره أو الوجوب تأويلان " .

وبقوله ذبح إلى مسألة من تحرى ذبح الإمام أو صلاته إن لم يذبح وذبح ثم تبين الخطأ هل يجزئه ذبحه أم لا ؟ الأول مذهب المدونة وهو المشهور؛ وفي خ: "وأعاد سابقه إلا المتحري أقرب إمام " والقول بعدم الإجزاء رواية أشهب عن مالك .

وبقوله جزا إلى مسألة وقوع خطأ الحكمين في الجزاء ، هل ينقض حكمهما أم لا ؟ مذهب المدونة النقض واعتمده خ بقوله: "ونقض إن تبين الخطأ" ، وقيل إن وافق قول قائل لم ينقض، قال اللخمي : والاستحسان أنهما إن حكما ببدنة أو بقرة فيما فيه شاة أن يجزئ وإن حكما بما فيه الطعام بالنعم لم يجزئ اهـ .

المنجور: ومن فروع هذه القاعدة ما لو تطهرت حائض بنجس ثم علمت بحيث لو أعادت خرج الوقت؛ ففي القضاء قولان بناء على الإصابة والاجتهاد .

٦٠ هل كل من له اجتهاد واجد فيما لظن نسبت أم واحد

هذه قاعدة هل كل مجتهد في الفروع الظنية مصيب أو المصيب واحد لا بعينه؟ فقوله واجد بالجيم : أي مصيب، وما في قوله فيما لظن واقعة على الفروع أو الأحكام؛ وضمير نسبت يعود إلى ما وأنته مراعاة لمعناها، واحترز من الفروع القطعية فإن المصيب فيها واحد قطعاً .
ومن فروعها أجزاء صلاة المالكي خلف الشافعي وبالعكس وإن اختلفا في مسح الرأس وغيره من الفروع؛ وفي خ - عاطفاً على من يجوز الاقتداء به :- " ومخالف في الفروع " ، وحكى المازري الإجماع عليه .

٦١ هل عدد للركعات ينوى

هذه قاعدة هل تعتبر نية عدد الركعات أم لا ؟
ومن فروعها من نوى القصر وأتم وبالعكس، أما من نوى القصر فأتى عمداً ففي بطلان صلاته قولان أصحابهما البطلان؛ وفيه قول ثالث بالإعادة في الوقت، وعلى الأصح مشى في خ إذ قال - عاطفاً على البطلان :- "وكان أتم ومأمومه بعد نية قصر عمداً "، وأما من نوى الإتمام وقصر فقال مالك

تبطل صلاته، وكان ابن القاسم يقول : يعيد في الوقت فرجع إلى قول مالك، واعتمده خ إذ شبهه على البطلان فقال: " كأن قصر عمدا".
ومنها من ترك نية القصر والإتمام ساهيا أو متعمدا أو مضطربا فأتى أو قصر؛ فاختلف الأسيخ في ذلك؛ فقال اللخمي : يصح أن يدخل الصلاة على أنه بالخيار بين أن يتمادى إلى أربع أو يقصر على ركعتين، المازري : وكأنه رأى أن عدد الركعات لا يلزم المصلي أن يقصده في نيته، وفي الكتاب أنه إذا لم ينو قصرا ولا إتماما أنه يتم صلاته، وحكى جب في صحة صلاة من ترك نية القصر والإتمام قولين، وفي خ: "وفي ترك نية القصر والإتمام تردد".

ومنها : إذا جهل المسافر أمر إمامه أو اعتقد حالة وظهر خلافها؛ وفي خ: " وإن ظنهم سفرا فظهر خلافه أعاد أبدا إن كان مسافرا كعكسه" قوله إن كان مسافرا قيد في المسألتين ولو أخره عن قوله كعكسه لكان حسنا كما قاله ابن الفرات، وقال ابن حبيب: في المسألة الأولى يتم صلاته ويعيد في الوقت، وقال أشهب: لا إعادة عليه، وفي العنبيه في المسألة الثانية لا إعادة عليه، وقد حكى في المقدمات في المسألتين أربعة أقوال : صحة الصلاة فيهما والإعادة فيهما والإعادة في الأولى دون الثانية وعكسه؛ وعلى الإعادة فهل في الوقت أو أبدا؟ قولان .

تنبيه : يرد على هذه القاعدة الاتفاق على أن الحاضر إذا نوى ظهر يومه ونحوه أن صلاته صحيحة؛ والاتفاق على أن المأموم لو نوى منوي إمامه جاهلا قصره وإتمامه أجزاء اتفاقا اهـ.

وهل مشبه كمشبه يقوى ٦١

هذه قاعدة هل المشبه يقوى قوة المشبه به أم لا ؟ قولان مشهورهما النفي .
ومن فروعها مصيد المدينة المشبه بمصيد مكة في التحريم فهل لا جزاء فيه أو فيه الجزاء كصيد مكة ؟ قولان مشهورهما النفي؛ ولذا قال في خ: " حرم به قطع ما ينبت بنفسه إلا الإذخر والسنا كما يستنبت وإن لم يعالج ولا جزاء كصيد المدينة بين الحرار " اهـ وقال ابن نافع: فيه الجزاء.

٦٢ وهل لبعض ما لكل من خيار وهل في الانتشار معنى الاختيار

٦٣ لأول نفل وتكفير وما لثان الصوم وحد علما

هاتان قاعدتان: الأولى التخيير في الجملة هل يقتضي التخيير في الأبعاض أم لا؟ أي هل كل ما ثبت لكل من الخيار ثابت لبعضه .

الثانية: الانتشار هل هو دليل اختياري أو لا؟

فمن فروع الأولى من افتتح النفل قائما ثم شاء الجلوس فهل له ذلك أم لا؟ وذلك أنه خير بين أن يصلي قائما أو جالسا فهل يسوغ له أن يقف في ركعة ثم يجلس في أخرى - مثلا - أو لا يسوغ له ذلك؟ قولان مشهورهما الأول وهو قول ابن القاسم؛ وثانيهما قول أشهب، وقال اللخمي: إن ابتداء الصلاة قائما ثم شاء الجلوس فهو على ثلاثة أوجه: فإن نوى ذلك جاز، وإن كان التزم القيام لم يكن له ذلك، وإن كانت نيته أن يكملها قائما ولم يلتزم ذلك كان فيه قولان؛ فأجازه ابن القاسم ومنعه أشهب والإجازة أحسن، وفي خ: "ولمتنفل جلوس ولو في أثائها إن لم يدخل على الإتمام" وضعف ابن عرفة كلام اللخمي.

ومن فروعها أيضا التكفير الملقق من جنس أو أكثر، كإطعام خمسة وكسوة خمسة؛ وذلك أن المكفر خير أولا بين أن يطعم عشرة أو يكسوهم فهل يسوغ له أن يجمع تلفيقا بينهما بأن يكسو خمسة ويطعم خمسة أو لا يسوغ له ذلك؟ قولان مشهورهما الأول؛ وفي خ: "ولا تجزئ ملفقة"، وأما التلفيق بالعتق فلا يجزئ اتفاقا .

ومن فروع القاعدة الصوم والحد وأشار إليهما بقوله وما لثان؛ فما موصول اسمي وصلته المجرور وخبره الصوم والمعطوف عليه أو صلة ما، قوله علما أي وما علم لثاني أي الأصل الثاني الصوم وحد؛ فأشار بالصوم إلى كفارة المكروه بالفتح على الجماع في رمضان هل هي عليه أو على من أكرهه؟ في ذلك قولان؛ وفي خ: "وفي تكفير مكره رجل ليجامع قولان" وبقوله وحد إلى حد المكروه أيضا على الزنى؛ واختلف أهل المذهب فيه والذي عليه المحققون سقوطه عنه وهو اختيار اللخمي وابن رشد وابن العربي؛ لأنه إن انتشر فذلك أمر تقتضيه الطبيعة، وذكر عياض أن أكثر أهل العلم على خلاف هذا، وقال ابن القصار: إن انتشر حد وإلا فلا، وفي خ مشبها على ما لا حد فيه: "والمختار أن المكروه كذلك والأكثر على خلافه".

٦٤ وهل إلى موجود أو مقصود نظره كناكح والعيد

٦٥ ومقتد وزائد ومن رعى أو شك أو قتل والذي حلف

هذه قاعدة هل النظر إلى الموجود أو المقصود؟ قوله نظره أي الشرع أو المذهب، وهذه القاعدة في معنى اختلاف المالكية في فساد الصحيح بالنية، وأشار بقوله كناكح إلى مسألة من تزوج امرأة زوجها غائب ولم يعلم المتزوج بموت الغائب فلم يفسخ نكاحه حتى ثبت أن الزوج الغائب مات وانقضت عدة الزوجة قبل عقد هذا الثاني؛ هل يمضي النكاح لما صادف محله أم لا؟ وكذا من تزوج من يظنها معتدة فإذا هي بريئة؛ أو تزوجها بخمر فإذا هي خل؛ هل يمضي ذلك نظرا إلى ما انكشف الأمر به أو لا يمضي نظرا إلى ما دخل عليه؟ وفي خ: "ثم يظهر أنه كان على الصحة فلا تفوت بدخول" أي ذات المفقود تتزوج في عدتها فيفسخ ثم يظهر الخ؛ وإذا كانت في هذه ترد إلى الثاني بعد الفسخ فإمضاء النكاح قبله أخرى فيما يظهر قاله السج اه اللخمي: ولو تزوجت بالقلال على أن فيها خمرا فوجدتها خلا ثبت النكاح إن أحبا؛ كالمتروجة وهي ترى أنها في عدة ثم تبين أنها في غير عدة وقد اختلف فيها؛ وإن كرهه أحدهما فسخ النكاح في مسألة القلال لأنه إن رضي الزوج دونها فمن حجة الزوجة أن تقول لم أشتر خلا؛ وإن رضيت الزوجة دونه فمن حجته أن يقول أنا لم أبعك خلا، وهي في هذه الوجوه تفارق المعتدة لأن المعتدة عين المشترية؛ وإنما كان يظن أنه كان يتعلق بالمنع وهو حق لله وقد تبين خلافه اه .

وبقوله والعيد إلى مسألة من أفطر يوم ثلاثين من رمضان متعمدا منتهكا ثم تبين أنه العيد هل عليه كفارة نظرا إلى المقصود أو لا نظرا إلى الموجود؟ في ذلك قولان حكاهما ابن القصار .

وبقوله مقتد إلى مسألة من دخل خلف من يظنه يصلي الظهر فإذا به يصلي العصر هل تبطل صلاته أو لا تبطل؟ أو صلى بالناس ظانا أنه لم يصل ثم تبين أنه صلى وحده هل تلزمهم الإعادة أم لا؟ والمنصوص الإعادة في المؤتم بالمعيد واعتمده خ بقوله: "وأعاد مؤتم بمعيد أبدا أفذاذا"

وبقوله وزائد إلى من قام إلى خامسة في الرباعية عمدا فإذا به قد فسدت عليه ركعة يجب قضاؤها؛ هل تجزئه أم لا؟ قولان مشهورهما النفي واعتمده خ إذ قال: "وتارك سجدة من كأولاه لا تجزئه الخامسة إن تعمدتها" قال ابن غلاب في وجيزه: المشهور عدم الإجزاء لأنه لا لعب.

وبقوله ومن راعف إلى من ظن عدم فراغ إمامه بعد غسل دم الرعاف
فصلى مكانه ثم أخطأ ظنه؛ أو خالف ظنه فأصاب؛ هل تصح صلاته أم لا ؟
أما المسألة الأولى فقد تقدمت في قول الناظم: وراعف في قاعدة هل اجتهد
أو إصابة تجب؛ وأما من خالف ظنه فأصاب أي ظن بقاء الإمام أو شك
فحكمه الرجوع؛ فإن خالف حكمه وأتم الصلاة مكانه بطلت صلاته؛ وإليها
أشار في خ بقوله: " وإلا بطلت " بعد قوله: " وأتم مكانه إن ظن فراغ
إمامه وأمكن وإلا فالأقرب إليه وإلا بطلت " اهـ ظاهره سواء وافق ظنه حال
الإمام أم لا وهو كذلك قالوا من خلاف وإن كان اختلف فيمن فعل ما لا
يجوز له ثم تبين أنه الواجب عليه هل صلاته باطلة أم لا؟ قولان.

وبقوله أو شك إلى من صام يوم الشك ثم تبين أنه من رمضان؛ أو التبتت
عليه الشهور فصام مع الشك تحرياً عن رمضان فصادفه؛ أو سلم على شك
ثم تبين الكمال؛ أو افتتح الصلاة متيقناً الطهارة ثم شك في الصلاة وتمادى
عليها ثم تبين أنه أصاب؛ أو شك في دخول الوقت ثم تبين أنه الوقت؛ أو
شك في الإحرام ثم تبين الوجود. أما صوم يوم الشك فالشهور أنه لا يجزئ
صومه؛ وأما من التبتت عليه الشهور فأشار له خ بقوله: " وإن التبتت
وظن شهراً صامه وأجزأ ما بعده لا قبله أو بقي على شكه وفي مصادفته
تردد؛ " وأما من سلم على شك ثم تبين الكمال فقال ابن حبيب: صلاته
صحيحة وقيل فاسدة؛ ابن رشد: وهو الأظهر؛ وفي خ مشبهاً في
البطالان: " كمسلم شك في الإتمام ثم ظهر الكمال على الأظهر؛ " وأما من
طراً عليه الشك في الصلاة ثم بان أنه أصاب فالشهور أنها تبطل؛ وفي خ:
" ولو شك في صلاته ثم بان الطهر لم يعد؛ " وأما من شك في دخول الوقت
فالشهور عدم الأجزاء ولو وقعت صلاته فيه؛ وفي خ: " وإن شك في
دخول الوقت لم تجز ولو وقعت فيه " اهـ وظاهر كلام أشهب الأجزاء ولو
وقعت قبل وقتها في المشتركين؛ وأما من شك في الإحرام ثم تبين أنه أحرم
فقال المازري: في ذلك قولان.

وبقوله أو قتل إلى مسألة المحرم يرسل كلبه على أسد فيقتل صيدا فهل عليه
جزاء نظراً إلى الوجود وهو الصيد أو لا جزاء فيه نظراً إلى المقصود
وهو الإرسال على الأسد؟ قولان مشهورهما الأول والثاني لأشهب،
اللخمي: وهو أبين؛ ومشى خ على الأول إذ قال: " وبارسال لسبع ".
وبقوله والذي حلف إلى مسألة من حلف على ما لا يتيقنه ثم تبين الصدق؛
وفي خ: " ولا غموس بأن شك أو ظن أو حلف بلا تبين صدق " وأحرى إن
تبين صدقه؛ وانظر فيمن استهلك لرجل زرعاً لم يبد صلاحه فغرم قيمته

على الغرر ثم بعد ذلك نزل ما أذهب زروع جميع البلد هل الغرم لازم؟
ومن صلى للقبلة بغير اجتهاد ثم صادف؟ اهـ .

فصل فى قواعد الزكاة :

٦١ شرط وجوب أو أدا إمكانه فتالف هل ينتفى ضمانه

هذه قاعدة إمكان الأداء هل هو شرط فى الأداء أو فى الوجوب؟ فالتالف من النصاب بعد الحول وقبل إمكان أداء الزكاة؛ فعلى أن إمكان الأداء شرط وجوب لا تتعلق زكاته بالذمة وعلى أنه شرط إمكان تتعلق وفى نسخة:

فتالف لا ونعم ضمانه

على اللف والنشر المرتب؛ أى على شرط الوجوب لا يلزم ضمانه وعلى شرط الأداء نعم؛ وفى المسألة قولان والمشهور سقوطها؛ وفى خ: "وإن تلف جزء نصاب ولم يمكن الأداء سقطت" وقال ابن الجهم: إذا ضاع جزء النصاب أخرج ربع عشر الباقي، ابن عبد السلام: اصطلاحهم فى الغالب أن ما كان من فعل الله كدخول الوقت أو ما لا يطلب من المكلف كالإقامة وعلق عليه أمر سمي شرط وجوب؛ وما كان من فعل المكلف ومطلوبا منه سمي شرط أداء كستر العورة والخطبة فى الجمعة اهـ وقيل مبنى القولين فى التالف هل الفقراء كالشركاء أم لا؟ وإلى هذه القاعدة أشار بقوله:

٦٦ وهل فقير كشريك فالتلف أو فلس البائع منه قد عرف

أى فعلى أنهم كالشركاء تجب الزكاة فى الباقي بعد التلف، وعلى أنهم ليسوا كالشركاء وإنما الزكاة من باب المواساة تسقط.

وقوله أو فلس البائع الخ أى يعرف من هذا الأصل مسألة من باع زرعاً بعد إفراكه أو ثمره بعد طيبه فوجبت الزكاة فأفلس؛ فإن قلنا إن الفقراء كالشركاء أخذت الزكاة من عين المبيع إذا وجدت فى يد المشتري ويرجع على البائع؛ وإن قلنا إنهم ليسوا بشركاء لم يؤخذ من المشتري شيء ولو وجد المبيع بعينه .

٦٧ هل سبق حكم شرطه مغتفر عليه من زكى ومن يكفر

٦٨ كترك شفعة وشبهها

هذه قاعدة هل يغتفر سبق الحكم لشرطه أم لا ؟ كمن أخرج زكاته قبل الحول بيسير هل تجزئ أم لا؟ وتقدم عند قول الناظم: وهل قريب الشيء كهو . .

ومثله بقوله أو زكى؛ الخلاف في جواز تقديمها بيسير على الحول. وكمن يكفر أي يخرج الكفارة بين اليمين والحنث هل تجزئ أم لا؟ قولان مشهورهما الجواز وهو مذهب المدونة؛ واعتمده خ قال: "وأجزأت قبل حنثه"، ومنهم من يحكي ثلاثة أقوال ثالثها التفرقة بين أن يكون على حنث فيجوز تقديمها أو على بر فلا، وفي الكافي أربع رابعها جواز تقديم الصوم دون غيره .

وكترك الشفيع الشفعة قبل البيع هل يلزم أم لا؟ قولان؛ وحكى في معرض الطرق الاتفاق في هذا الفرع على عدم اللزوم وهذا على أن سبب الشفعة الشركة وشرطها البيع؛ وعند المقرئ والقرافي أن السبب هو وجود الملك. وأشار بقوله وشبهها إلى إسقاط القصاص قبل الموت ونفقة المستقبل ورد الإيصال في حياة الموصي وإسقاط المفوضة الصداق قبل التسوية والدخول، أما إسقاط القصاص فقال جب: وإن قال القليل إن قتلتني فقد وهبت لك دمي فقولان أحسنهما يقتل اهـ ومشى عليه خ قال على سبيل الإغيا لوجوب القود: " ولو قال إن قتلتني أبرأتك "

وأما إسقاط نفقة المستقبل فقل إن ذلك جائز ماض؛ وجزم القرافي أن ذلك لا يسقط؛ وللمرأة عن هبة نوبتها لضرتها؛ وحل ابن غازي عليه قول خ في فصل الصداق: "أو أسقطت شرطاً قبل وجوبه"، وقد ذكر في ضيح في الكلام على نكاح التفويض في ذلك قولين، ومقتضى قول خ في فصل المفقود في تعداد النساء اللاتي لا تفوت بالدخول: " والمطلقة لعدم نفقتها ثم ظهر إسقاطها ": المرور على القول الأول وعليه حمله الخطاب. وأما رد الإيصال في حياة الموصي فقد اختلف المذهب إذا قبل الموصي الوصية ثم بدا له على ثلاثة أقوال: الجواز مطلقاً، وعدم الجواز مطلقاً إلا أن يعجز أو يظهر له عذر لأنه قرابة وفعل خير ألزمه نفسه كالصوم والحج، وثالثها في حياة الموصي لا بعد مماته؛ هذا كله ما لم يقبل بعد الموت. وأما إسقاط المفوضة الصداق فقل يلزمها لجريان سبب الوجوب وهو العقد، وقيل لا يلزمها لأنها أسقطت حقا قبل وجوبه، وهذا هو المشهور واعتمده خ قال مخرجا مما يلزم الزوجة: " لا إن أبرأته قبل الفرض "

هذا كله سبق الحكم على شرطه أما سبقه لسببه لا خلاف في عدم جوازه كالصلاة قبل وقتها.

٦٨ وهل كفارة بالحنث أم عقد نقل

٦٩ في الذ يظاهر وقد حلف به إن لم يكن حنث قبل فانتبه

هذه قاعدة هل تجب الكفارة بالحنث أو باليمين؟ وهي مراده بالعقد أي عقد اليمين؛ كمن حلف بظهار ثم ظاهر مطلقا فإن كان قد حنث في اليمين بالظهار قبل أن يظاهر فعليه كفارة واحدة؛ لأنه قد وصفها بما هي موصوفة به؛ وإن لم يحنث ففيه قولان: أحدهما أن عليه كفارة واحدة بناء على أن الكفارة تجب بالحنث، والثاني أن عليه كفارتين بناء على أن الكفارة تجب باليمين، فقوله نقل أي نقل هذا الأصل أو هذا الخلاف في الذي يظاهر وقد حلف بظهار قبله ولم يحنث.

ومما ينبني عليه أيضا تقديم كفارة قبل الحنث وتقدم أنفا حكمها، ومن حلف بالمشي إلى مكة فحنث فهل يمشي من حيث حلف أو من حيث حنث؟ وفي خ: " وخرج من بها وأتى العمرة كمكة أو البيت أو جزئه لا غير إن لم ينو نسكا من حيث نوى وإلا حيث حلف " ومقابلته أنه يمشي من حيث حنث، ومن حلف قبل بلوغه وحنث بعده.

٧٠ وهل إلى نيتها تفتقر عليه عتق الغير عنه يذكر

هذه قاعدة هل تفتقر الكفارة إلى نية أم لا؟ ومما ينبني عليها عتق الغير عن الغير؛ قوله عتق اسم مصدر بمعنى إعتاق كنباتا في قوله تعالى: وَأَنْبِئْهَا نَبَاتًا بِمَعْنَى إِنْبَاتًا . قوله عليه أي على هذا الأصل ينبني الخلاف في هذه المسألة والمذهب افتقارها لنية؛ وأخذ نفيه من أنها تؤخذ من الممتنع كرها وتجزئه..

٦٧ وهل دوام كابتدا كمن حلف أو صح أو أحدث والذ لم يقف

٦٨ وذي تيمم وإحرام حدث غصب نكاح وطلاق وخبث

٦٩ ومشتر وشبهها

هذه قاعدة هل الدوام على الشيء كابتدائه أم لا؟ كمن حلف لا دخل الدار وهو فيها أو لا سكنها وبقي فيها أو لا ركب الدابة وهو عليها أو لا لبس الثوب وهو لا يسه فدام على ذلك؛ هل يحنث في جميعها أم لا؟ وفي خ -

عاطفا على ما فيه الحنث :- "وببقاء ولو ليلا في لا سكنت" فمشى على أن الدوام كالابتداء وهو مذهب المدونة، وقال أشهب: إن أقام أقل من يوم وليلة لم يحنث وإن زاد على ذلك حنث .

ومن فروعها من صح بعد أن ابتداء الصلاة عاجزا وهو مقتد بمثله هل يتم قائما على مأوميته أو ينفرد؟ قولان؛ وفي خ: "وفي مريض اقتدى بمثله فصح قولان" وحكى ابن بشير ثالثا: أنه يقطع الصلاة كالأمة تعتق في الصلاة وليس معها ما يستر عورة الحرة .

ومن أحدث بعد تمام وضوئه وقبل تمام غسله ثم غسل ما تقدم من أعضاء الوضوء هل يجزئه أم لا؟ قولان للشيخين، وتقدمت المسألة في شرح قول الناظم: وهل بغسل العضو عنه يرتفع حدثه؛ وذلك أن نية الطهارة الكبرى منسحبة حكما إلى آخر الغسل؛ فإن قدر ذلك الانسحاب كالابتداء لم يحتج معه إلى إنشاء النية وإن لم يقدر ذلك الانسحاب كالابتداء احتج إلى نية الوضوء؛ الأول للقاسمي والثاني لابن أبي زيد.

وكممن فاتته الوقوف بعرفة لخطأ في العدد أو مرض أو عدم دليل أو رقيق أو مركوب فأراد التحلل بأفعال العمرة فتراخى إلى شهر الحج من قابل فإنه لا يتحلل؛ فإن تحلل فهل يمضي تحلله أم لا؟ قولان لابن القاسم؛ فعلى أن الدوام كالابتداء لا يمضي؛ وعلى أنه ليس كالابتداء يمضي، وله قول ثالث أنه يمضي ويكون متمتعا؛ وأشار للأقوال الثلاثة في خ بقوله: "ولا يتحلل إن دخل وقته أي الحج وإلا فتالها يمضي وهو متمتع" ولم يختلف قول ابن القاسم في المدونة ثلاث مرات إلا في هذه المسألة .

وكممن تيمم فوجد الماء قبل التلبس بالصلاة هل يبطل تيممه أم لا؟ وفي خ: "وبطل بمبطل الوضوء وبوجود الماء قبل الصلاة" هذا إذا اتسع الوقت وإما إن كان ضيقا إن توضحا فيه لم يدرك الصلاة لم يجب استعماله على الصحيح من المذهب .

وكممن أحرم وبيده صيد هل يزول ملكه عنه ويجب عليه إرساله أو لا يزول وإنما يرسله فقط؟ قولان مشهورهما الأول وهو مذهب المدونة؛ ومشى عليه خ إذ قال: "وليرسله بيده أو رفقته أو زال ملكه عنه" والثاني لابن القصار؛ وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو أفلته أحد منه هل تلزمه قيمته أم لا؟ وكممن أحرم وعليه بقية طيب فهل عليه فدية أم لا؟ قولان مشهورهما النفي؛ واعتمده خ إذ قال - عاطفا على ما لا فدية فيه - : "وباقيها مما قبل إحرامه" وقيده الباجي بأن لا يكون من الكثرة بحيث يبقى منه ما تجب الفدية بإتلافه أو بمسحه وإلا وجبت بذلك الفدية .

وكمن أحدث في الصلاة هل يبني أم لا ؟ قولان، المذهب النفي وفي خ: "ولا يبني بغيره" أي غير الرعاف وهذا مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة: يبني في الحدث الغالب والرعاف عنده حدث غالب؛ ووافقه أشهب في ذلك. وكمن رأى نجاسة في ثوبه وهو في الصلاة هل يغسلها ويبني أم يجب عليه قطع صلاته؟ قولان: الأول لأشهب والثاني هو المشهور.

وأشار بقوله غصب إلى مسألة ضمان المغصوب هل يضمن بأرفع القيم أو إنما يضمن يوم الغصب؟ قولان: الأول لابن وهب ولابن الماجشون وأشهب؛ والثاني هو المشهور بناء على أن الدوام ليس كالأبتداء وهو قول ابن القاسم.

وإلى مسألة ضمان الولد في الحيوان؛ فقد اختلف فيه إن مات قبل الحكم على الغاصب؛ فقال ابن القاسم: لا يغرم شيئاً من قيمة الولد، وقال أشهب: يغرم، القلشاني: ويترجم قول أشهب ومن معه بأنه كل وقت مأمور بالتوبة ورد المغصوب إلى ربه فإمساكه كإنشائه غصب؛ فيصير غاصبا للولد فيضمنه.

وكمن حصل الطول بعد نكاح الأمة فاقتدا له هل يفارق الأمة أم لا ؟ في ذلك ثلاثة أقوال: قولان بالإطلاق وقول بالتفصيل إذا طرأ له الطول بعد أن تزوج الأمة بالشرطين إن تزوج الحرة لزمه فراق الأمة وإلا فلا. وكمن أسلم وتحتة مجوسية أو أمة كتابية فهل يقر عليهما أم لا ؟ في خ: "وعلى الأمة والمجوسية إن عتقت وأسلمت ولم يبعد كالشهر وهل إن غفل أو مطلقاً تأويلان" وعن أشهب أنه يفرق بينهما إن دخل بها حتى تخرج من العدة؛ وعنه أيضاً أنه يعرض عليها الإسلام بعد البناء اليومين والثلاثة فإن أبت استبرئت بحيضة؛ وعن ابن القاسم بثلاث أهـ وبقوله وطلاق إلى مسألة من قال إذا حملت فأنت طالق وهي حامل. (ببياض بالأصل)

وبقوله ومشتري إلى مسألة من اشترى زوج أمه أو زوجة أبيه فهل يقر النكاح أم لا؟ فعلى أن الدوام كالأبتداء لا يقر النكاح إذ لا يتزوج المرأة عبد ولدها ولا الرجل أمة ولده؛ وعلى القول بخلافه يقر.

وبقوله وشبهها إلى مسألة النزول عن الهدى بعد الراحة ولابس أحد الخفين قبل غسل الأخرى عند قوم؛ وبيانه أنا إذا قدرنا استدامة لبسه الخف الأول حتى أدخل الخف الثاني كابتدائه الآن مسح وإلا فلا؛ وتقدمت مسألة الهدى في قول الناظم وهل بنفي علة يزول الخ ومسألة الخف في شرح قوله وهل يغسل العضو الخ.

تنبيه: جعلوا الدوام كالإنشاء فيمن ألقى الريح الطيب عليه وتراخى في إزالته وهو محرم؛ وفي من رأى مصحفاً في نجاسة فلم يرفعه مختاراً فإنه ردة؛ وانظر إذا أخذ العبد الزكاة ولم تزل بيده إلى أن عتق وبقيت عنده بعد العتق هل تجزئه بناء على أن الدوام كالاتداء أم لا؟ وأعجل الزكاة قبل الحول بكثير وبقيت إلى حلول الحول؛ ونصوا على أن الفقير يأخذها ثم يستغني أنه لا يردها نظراً إلى أن الدوام ليس كالاتداء؛ ونصوا على أن الغارم إن أخذها لقضاء دينه ثم يستغني قبل أدائه أنها لا تنزع منه، قال اللخمي: ولو قيل تنزع منه لكان له وجه اهـ وقال المقرئ: حديث السلا لا يدل على تمادي من ذكر النجاسة لولا حديث الخلع اهـ وحديث السلا أنه صلى الله عليه وسلم رمي عليه سلا جزور وبالفرت والدم فلم يقطع الصلاة؛ وحديث الخلع ما روي أنه صلى الله عليه وسلم كان في صلاة من الصلوات يصلي في نعليه فخلع نعليه فطرح الناس نعالهم لطرحه نعليه ثم قال إنما خلعتها لأن جبريل أخبرني أن بها قدراً، والفرق بين الفرعين أن الصلاة في الأول ابتدئت بطهارة بخلاف الثاني اهـ وذكر جب هذه القاعدة في الطهارة ونحوها مطلقة وفي الإيمان ونحوها مقيدة بالعرف.

- ٧٤ هل أصغر مندرج في أكبر قد قرروا
 ٧٥ شفع إقامة حدوداً وذكاه عليه غسلًا وقراناً وذكاه
 ٧٦ ونحوها تنبيه الذي اغتسل أو صام أو سجد مستثنى قبل

هذه قاعدة هل يندرج الأصغر في الأكبر أم لا ؟
 وقرر الفقهاء على هذا الأصل غسل الرأس في الوضوء هل يجزئ عن مسحه لدخول المسح الذي هو الأصغر في الغسل الذي هو الأكبر أو لا يجزئ؟ الأول لابن شعبان وشهره ابن عطاء الله وفي خ: " وغسله مجزئ" والثاني لغير ابن شعبان عن ابن رشد أنه قال: والقول بعدم الإجزاء أصح لأن حقيقة الغسل غير حقيقة المسح المأمور به، وقيل يكره إعمالاً للدليلين لجواز مراعاة الخلاف واستظهره ابن عبد السلام .
 من هذا الفرع أيضاً هل يجزئ الغسل عن الوضوء لاندراجه فيه وفي خ: "ويجزئ عن الوضوء وإن تبين عدم جنابته" اهـ
 وأشار بقوله قراناً إلى الخلاف في اندراج العمرة في الحج للقارن؛ فالقول بالاندراج للمالكية؛ في خ: " وتندرج في الحج " يعني العمرة، والقول بعدمه لأبي حنيفة فأوجب على القارن طوافين وسعيين .

وبقوله زكاة إلى الخلاف في أجزاء بعير عن خمسة أبعرة فإن الواجب فيها شاة كما لابن عبد المنعم وصححه ابن عبد السلام؛ وفي خ: "والأصح أجزاء بعير عن شاة"، وعدم إجزائه كما للباقي والقاضي أبي بكر.

وإلى مسألة إخراج زكاة الفطر بالمد الأكبر (...)
وبقوله شفع إقامة إلى مسألة من شفع الإقامة غلطا هل يجزئه أم لا؟ قولان مشهورهما النفي.

وبقوله حدود إلى مسألة اندراج الحد في القتل؛ قال في الرسالة: ومن لزمته حدود وقتل فالقتل يجزئه عن ذلك كله إلا في القذف فليحد قبل أن يقتل؛ ومثله في المدونة فيمن شهد عليه أنه زنى وهو بكر ثم زنى بعد أن أحسن أنه يرجم ولا يجلد، وقال اللخمي: القياس أن يجلد ثم يرجم لأن الضرب غير جنس القتل اهـ

وبقوله وذكاة إلى مسألة إبانة الرأس في الذكاة؛ فاختلف في أكل الذبيحة معها فقال ابن القاسم وأصبع: لو قصد ذلك ابتداء أكلت، وقال ابن الماجشون ومطرف: لا تؤكل؛ وفي خ عاطفا على ما يكره: "وتعمد إبانة الرأس وتؤولت أيضا على عدم الأكل إن قصده أولا".

وبقوله ونحوها كاندرج عهدة الثلاث في عهدة السنة واندرج الأطراف في القتل واندرج دية الأعضاء في النفس اهـ جب: وفي تداخل العهدين قولان؛ ضيخ: القولان لمالك والأقرب عدم التداخل؛ ابن بزيمة: وهو المشهور لأن الضمان في كل منهما غير الآخر فصار كأجنبيين؛ وقال بالتداخل ابن الماجشون وهو قول ابن القاسم اهـ.

وإذا قطع رجل يدي آخر ورجليه ثم ضرب عنقه فإنه يقتل ولا تقطع يديه ورجلاه؛ وكذلك لو قطع يدي رجل وقتل آخر فإنه يقتل ولا تقطع يديه إلا أن يكون القطع في الصورتين على وجه العذاب فإنه يقطع ثم يقتل؛ ولهذا أشار خ بقوله: "واندرج طرف إن تعمدته وإن لغيره إن يقصد مثله".

وبقوله تنبيه الذي اغتسل . الخ إلى قول صاحب إيضاح المسالك: تنبيه ليس من هذه المسائل من فرضه التيمم فتجشم المشقة واغتسل بالماء؛ ولا من فرضه الفطر فصام؛ ولا من فرضه الإيماء فسجد على أنفه ولم يقتصر على الإيماء اهـ

واعلم أيضا في بعض الصور المتقدمة خلاف في عده مما اندرج فيه الأصغر تحت الأكبر أم لا كمسألة أجزاء البعير عن الشاة؛ قال بعضهم لا مجانسة فيها؛ ومنهم من عد منها مسألة الجبهة اهـ

- ٧٧ وهل كمن فعل تارك كمن له بنفع قدرة لكن كمن
 ٧٨ من شرب أو خيط زكاة فضل ما وعمد رسم شهادة وما
 ٧٩ عطل ناظر وذو الرهن كذا مفرط في العلف فادر المأخذا
 ٨٠ وكالتي ردت لعيب وعدم وليها وشبهها مما علم

هذه قاعدة هل تارك كمن فعل أم لا؟ ويعبر عنها بقولنا: التارك هل هو كالفعل أم لا؟

ومثل لها بقوله: كمن له بنفع قدرة لكن كمن ذلك النفع أي استتر فلم يفعل، ثم مثل للنفع المستتر بالعدم كمن عنده فضل شراب أم طعام فلم يعطه مضطرا حتى مات فإنه يضمن ديته على الأول دون الثاني، وبمن به جائفة فطلب ما يخيظ به من شخص فمنعه حتى مات هل عليه ديته أم لا؟ وبمن مر بصيد لم تنفذ مقاتله وأمكنه تذكيبه وتركه حتى مات هل يضمنه أم لا؟ وقوله وفضل ما أي فضل ماء؛ أي من لجاره زرع يخاف عليه فلم يمكنه حتى هلك الزرع هل يضمنه أم لا؟ وبمن عنده عمد يطلبها منه صاحب جدار خاف سقوطه فلم يفعل حتى سقط الجدار هل يضمنه أم لا؟ وبمن أمسك وثيقة حق لشخص حتى تلف الحق هل يضمنه أم لا؟ هذه الفروع كلها ذكرها ابن محرز في تبصرته.

وفي خ: " وضمن مار أمكنته ذكاته كترك تخليص مستهلك من نفس أو مال بيده أو شهادته أو بإمساك وثيقة أو تقطيعها وفي قتل شاهدي حق تردد وترك مواساة وجبت كخيط لجائفة أو فضل طعام وشراب لمضطر وعمد وخشب فيقع الجدار وله الثمن إن وجد " اهـ.

وبقوله وما عطل ناظر إلى مسألة الوصي يعطل ريع اليتيم عن الكراء مع إمكانه؛ أو بترك جنات محجوره وكرمه وأرضه حتى تبورت ويبست هل عليه غرم أم لا؟

وفي نوازل ابن سهل: إن عليه قيمة ما نقض منها لتضييعه إياها اهـ. وبقوله ذو الرهن إلى المرتهن يعطل الرهن ولكرائه خطب وبال هل يضمنه أم لا؟ فمذهب أصبغ لا شيء عليه؛ وقال ابن الماجشون يضمن كراء مثله لأنه تعمد إبطاله ما لم يكن الراهن عالما فحينئذ لا يضمن؛ لأن سكوت الراهن عن ذلك رضى.

وبقوله مفرط في العلف بالسكون للوزن؛ أي من دفعت إليه دابة وعلفها وقيل له أعلفها واسقها حتى أرجع من سفري فتركها بلا علف حتى ماتت هل يضمن أم لا؟ قولان لأبي الأصبع بن سهل وأبي محمد.

وبقوله والتي ردت لعيب الخ إلى ذات العيب يزوجها وليها القريب فيفلس هل يرجع عليها الزوج بالصداق أم لا؟ قولان؛ وفي جب: وإن عسر الولي ففي رجوعه على المرأة قولان اهـ.

قال ابن حبيب: يرجع عليها إذا كانت موسرة، ولا ترجع هي به، وإن كانت هي أيضا عديمة رجوع على أولهما يسرا؛ وقال مالك وابن القاسم ومحمد لا يرجع على المرأة بشيء؛ وظاهر ما في خ: "ومعها - أي مع عيبها - رجوع بجميعة لا بقيمة الولد على ولي لم يرغب كابن وأخ ولا شيء عليها" اهـ أنه لا شيء عليها وإن أعدم الولي كقول مالك ومن تبعه.

وبقوله وشبهها مما علم أشار به إلى مثل مسألة السجان والقفص والسارق والدواب اهـ وفيها: من حل عبدا من قيدٍ قيد به ليلا يابق فذهب العبد ضمن، ومن فتح باب قفص فيه طير فذهب الطير ضمن، ومن حل دواب من مرابطها فذهبت ضمنها؛ كالسارق يدع باب الحانوت مفتوحا وليس فيه ربه فيذهب ما في الحانوت فالسارق يضمنه، ومن فتح باب دار فيها دواب فذهبت فإن كانت الدار مسكونة فيها أهلها لم يضمن وإن لم يكن فيها أربابها ضمن؛ ولو كان فيها ربه نائما لم يضمن إذا ترك البيت مفتوحا وأهل الدار فيها نيام أو غير نيام فلا يضمن ما ذهب بعد ذلك وإنما يضمن إذا ترك البيت مفتوحا وليس أرباب البيت فيه اهـ.

وفي خ: "أو فتح قيد عبد ليلا يابق أو على غير عاقل إلا بمصاحبة ربه"

فصل في قواعد الصوم إلى النكاح:

- ٨١ هل رمضان بعبادة عرف واحدة أو بعبادات ألف
٨٢ عليه الاكتفاء والتجديد بنية وهل كذا المسرود
٨٣ واليوم إن عين أو تجدد كمتتابع بعذر يفقد

هذه قاعدة هل رمضان عبادة واحدة أو عبادات؟ مثل لها بقوله عليه أي على هذا الأصل الاكتفاء بنية واحدة عند أوله لجميعه أو التجديد لها كل ليلة؟ قولان مشهور هما الأول؛ والثاني رواه ابن عبد الحكم عن مالك. وقوله : وهل كذا المسرود الخ معناه وهل الصوم المسرود واليوم المعين المنذور أبدا كصيام الخميس كذا؟ أي يكفي بنية واحدة أم تجدد النية فيهما؟ قولان.

وقوله كمتتابع بعذر يفقد أي كما اختلف في وجوب التجديد إذا انقطع التتابع بعذر كمرض أو حيض أو سفر أو نسيان؛ والمشهور التجديد؛ وثالثها إن انقطع بحيض أو نفاس فالتجديد وإلا فلا. وإلى الفروع الأربعة أشار في خ بقوله : " وكفت نية لما يجب تتابعه لا مسرود ويوم معين ورويت على الاكتفاء فيهما لا إن انقطع تتابعه لمرض أو سفر " .

٨٤ هل نية الأداء والقضاء تنوب ذي عن ذي بالاستواء

٨٥ كالصوم والصلاة والوقت التبس وكالقضا في رمضان فاقتبس

هذه قاعدة هل نية الأداء تنوب عن نية القضاء وبالعكس أم لا؟ قوله بالاستواء حال من اسمي الإشارة أي حال كونهما مستويين في النيابة؛ وذلك كالصوم والصلاة والحالة أن الوقت التبس؛ فجملة والوقت التبس الحالية، فهذان المثالان لنية الأداء عن القضاء.

وأما قوله: وكالقضا في رمضان فاقتبس أي اقتبس من الأصل المذكور ما يناسب الفروع، فمثال النية القضاء عن نية الأداء.

وقوله فالصوم إشارة إلى مسألة الأسير إذا التبست عليه الشهور فصام شعبان بنية الأداء معتقدا أنه رمضان هل يجزئ شعبان السنة الثانية عن رمضان السنة الأولى والثالثة عن الثانية أم لا؟ قولان، في جب: فإن تحرى فأخطأ فيما بعده أجزاءه؛ وإن أخطأ فيما قبله لم يجزه الأول اتفاقا، وفي وقوع الثاني والثالث قضاء عن الأول والثاني قولان؛ وفي خ: " وإن التبست

وظن شهرا صامه وإلا تخير وأجزأ ما بعده بالعدد لا قبله " اهـ قال ابن غازي: قوله لا قبله أي فلا يجزئ إن وافق ما قبل رمضان؛ سواء كان ذلك في سنة واحدة أو في أكثر؛ وذلك متفق عليه في السنة الواحدة واختلف فيما زاد عليها؛ فقيل هو كالسنة الواحدة في عدم الإجزاء؛ وعليه درج خ حيث أطلق، وقيل يقع الشهر الثاني قضاء عن رمضان الأول والثالث قضاء عن الثاني ثم كذلك؛ قال ابن رشد: الصحيح عدم الإجزاء، ابن عبد السلام: الأقرب عدم الإجزاء قياسا على من بقي أياما يصلي الظهر مثلا قبل الزوال اهـ

وقوله والصلاة إشارة إلى من استيقظ بعد طلوع الشمس ولم يعلم بطلوعها صلى الصبح أداء ثم تبين له الطلوع هل تجزئه أم لا؟ المنصوص بالإجزاء وهو متفق عليه في هذا الفرع، ولا يلزم من الاتفاق فيها نفي التخريج على الصوم فيها.

وقوله وكالقضا في رمضان إلى مسألة من صام رمضان عن رمضان؛ أي صام الداخل عن الخارج فهل يجزئه أم لا؟ قولان مشهورهما النفي، وقال ابن القاسم وسحنون بالإجزاء؛ واقتصر في خ على الأول إذ قال: "وإن نوى برمضان في سفره غيره أو قضاء الخارج أو نواه ونذرا لم يجزئ عن واحد منهما".

تنبيهان: الأول العبادة قد توصف بالأداء والقضاء كالصوم وقد لا توصف بهما كالنافلة وقد توصف بالأداء فقط كالجمعة.

الثاني: حكى بعض الشيوخ أن نية الأداء والقضاء في الصلاة لا تشترط اتفاقا لكن إذا نوى القضاء في الأداء أو العكس ففي البطلان قولان.

٨٦ هل وطء النزع نعم أو لا نعم وفرعه الفطر به كما علم

٨٧ في طالق بالوطء هل يمكن منه

هذه قاعدة هل النزع وطء أم لا؟ والأظهر في معنى قوله نعم أن نعم الثانية تصديق القول بالنفي وإيماء لتشهيره أي صدق القول الثاني وهو أن النزع لا يعد وطئا.

وفرع هذا الأصل من طلع عليه الفجر وهو يجامع فنزع حينئذ هل يجب عليه القضاء أم لا؟ قولان مشهورهما النفي وهو لابن القاسم، وفي خ في عد ما لا قضاء فيه: "ونزع مأكول أو مشروب أو فرج طلوع الفجر" والقول بالقضاء لابن الماجشون .

وقوله في طالق بالوطء الخ أي وهل يمكن من الوطء في امرأة تطلق بالوطء بأن علق طلاقها عليه؛ كقوله أنت طالق ثلاثا إن وطأتك أم لا؟ قولان؛ فأكثر العلماء لا يمكن إذ باقي وطئه وهو النزع حرام؛ وقال ابن القاسم: ينجز عليه الطلاق من غير أجل إذا رفعته؛ وقال أيضا: يمكن من التقاء الختانيين؛ وقال أيضا: حتى ينزل، وفي خ: "وفي تعجيل الطلاق إن حلف بثلاث وهو الأحسن أو ضرب الأجل قولان فيها ولا يمكن منه كالظهار".

تثبيته: مسألة النزع بعد طلوع الفجر فيمكن أن يقال إنه واجب لغيره فإذا لم يتعلق الإثم فلا قضاء؛ ويمكن أن يقال إنه واجب لنفسه فالقضاء؛ وأصلها ما لا يتم الواجب المطلق إلا به فهل هو واجب أم لا؟

٨٧ وبالأخذ في الاسم يركن

٨٨ بأول أو آخر

هذه قاعدة هل الأخذ بأول الاسم أو بآخره؟ أي هل يركن إلى الأخذ بأول مراتبه أم بآخرها؟

ومن فروعها الفرع المتقدم وهو من قال إن وطأتك فأنت طالق ثلاثا هل يمكن من الوطء أم لا؟ لأنها تحرم بالإيلاج عليه أو به وبالإنزال على الأخذ بأول الاسم أو بآخره اهـ

ومن قال إن وطأتك فأنت علي كظهر أمي هل يمكن من الوطء أم لا؟ وفيه أربعة أقوال: الأول لمحمد أنه يمنع جملة لأن مغيب الحشفة يوجب الحنث والنزع وطء ممن وقع عليه الظهار، والثاني لعبد الملك أن له مغيب الحشفة ثم ينزع بناء على أن النزع ليس بوطء، والثالث يطاء ولا ينزل، والرابع أن له ذلك وإن أنزل؛ وظاهر المدونة أن له الإصابة التامة ثم ينعقد عليه الظهار ولا يلزمه الكفارة إلا أن يطاءها بعد ذلك اهـ من ضيحه.

ومن فروعها وجوب تمكين الجبهة والأنف من الأرض، ومنها إصاق العقب بآخر درج الصفا والمروة، ومنها من قال لامرأته أنت علي حرام هل يحمل الحرام على الواحدة التي هي أدنى الرتب المحتملة في ذلك أو على أعلاها وهي الثلاث وهو المشهور؟ ويلحق بالحرام البتة ونحوها من الألفاظ الدالة على التحريم في المذهب، ومنها حكاية الأذان هل يقتصر على الشهادتين وهو المشهور أو يحكي الأذان بتمامه؟ ومنها من قال: لفلان علي دنائير هل يحمل على أقل الجمع أو على أعلاه؟ لكن أجمع الناس في هذا على الحمل على الأدنى لأن الأصل براءة الذمة، ومنها الصعيد في التيمم

هل يحمل على أدنى مراتبه كان ترابا أو غيره من جنس الأرض وهو مذهبنا أو على أعلاها وهو التراب خالصة وهو مذهب الشافعي؟ ومنها الرشد هل يحمل على أدنى رتبه وهو حفظ المال خاصة كما لمالك أو على أعلاها وهو حفظ المال مع إصلاح الدين وهو قول للشافعي وبعض أصحابنا؟ ومنها حد إباحة التفرقة بين الولد وأمه في البيع هل هو الإثغار وهو الرتبة الدنيا أو البلوغ وهي الرتبة العليا؟ ومنها مسألة الحضانة.

وليس من فروعها مسح اليد في التيمم؛ والمغسول من الذكر في المذي هل هو رأسه أو لا بد من غسل جميعه؟ قولان، وعد ابن بشير الفرعين منها ووهموه وقالوا إنما القاعدة في الاسم الذي له مراتب يطلق على كل منها بطريق الحقيقة؛ وأما ما له حقيقة ويطلق على البعض بطريق المجاز فلا خلاف فيه؛ لأن الأصل الحقيقة ومستند العراقيين في جواز الاقتصار على رأس الذكر قياسا على البول اهـ. قال ابن هلال في أجوبته: قال ابن زكري اختلفوا في الحكم المرسل على اسم أو المعلق بأمر هل يتعلق بأقل ما يصدق عليه حقيقة أو بأكثره؟ ويسمي علماؤنا هذا المعنى هل الأخذ بأول الأسماء أو بآخرها؟ وإنما موضوع هذه القاعدة الكلي لا الكل، والذي في مسألة اليد والذكر الكل لا الكلي والاقتصار فيهما على جزء لا جزئي اهـ

٨٨ هل ما غنم يملك بالفتح أو إن كان قسم

٨٩ عليه من لحق والذأعتقا كمسلم وبالغ . . .

هذه قاعدة هل الغنيمة تملك بالفتح أو بالقسمة على الغانمين؟ على هذا الأصل ينبنى الخلاف فيمن لحق بالجيش بعد استقرار الغنيمة وقبل القسم هل يشاركهم أو لا؟ قولان الأول لمالك والشافعي والثاني لأبي حنيفة. ومن فروعها أيضا عبد أعتق قبل القسمة وكافر أسلم قبلها وصبي بلغ قبلها وأما من مات بعد الفتح وقبل القسمة فإنه يسهم له اتفاقا.

٨٩ هل علقا

٩٠ حكم بإسهام على القتال قط أو كون محكوم له لما فرط

٩١ معدا العبد عليه ذكروا مع مرأة إن قاتلا . . .

هذه قاعدة هل الحكم بالإسهام معلق على القتال فقط أو على كون المحكوم له معدا للقتال؟ وقوله لما فرط أي لما في الكلام وهو القتال؛ والمعد المهياً وأعدت الشيء هيأته.

ويبنى على هذه القاعدة الخلاف في العبد والمرأة يقاتلان؛ والمنصوص في العبد عدم الإسهام وهو المشهور في المرأة أيضاً؛ وفي خ: " وقسم لأربعة لحر مسلم عاقل بالغ حاضر كتاجر وأجير إن قاتلا أو خرجا بنية غزو لا ضدهم ولو قاتلوا إلا الصبي ففيه إن أجزى وقاتل خلاف".

هل يعذر	٩١
قاضي نعم إن لم يكن تعلقا	نو الجهل أو لا والذي قد حققا	٩٢
ترك تعلم وإلا يمتنع	حق به للغير إن كان وسع	٩٣
والغير بالحصر بعد قصده	وبعضهم بعلم جنس قيده	٩٤
منفقة وذات شرط أو ضرر	وهو العبادات ومصرف غبر	٩٥
منكحتان وغريم معتقان	معتكف قاطع مسكوك لعان	٩٦
مال يتيم حائز فرعا رهان	وكل بيع فاسد مظاهران	٩٧
ودال تمليك وفي شهادتين	كما بتنجيز وعتق أمتين	٩٨
مفت وقذف سارق وشفعة	ثلاث بيعات طبيب رجعة	٩٩
زان وشارب فعذر نبذا	تحليف كالأب وحده كذا	١٠٠

هذه قاعدة هل الجهل يتمحض عذرا أم لا؟ والذي حقق القاضي ابن رشد أن الأصل في هذا أن كل ما يتعلق به حق الغير فلا يعذر الجاهل فيه بجهله؛ وما لا يتعلق به حق لغيره فإن كان مما يسعه ترك تعلمه عذر فيه بجهله وإن كان مما لا يسعه ترك تعلمه لم يعذر فيه بجهله، فهذه جملة كافية ترد إليها ما شذ عنها اهـ.

ويدخل في قول المؤلف وإلا يمتنع أمران: ما يتعلق به حق الغير وما لا يسعه تعلمه وإن لم يتعلق به حق للغير؛ أي وإن انتفى الأمران معا أو أحدهما فلا يعذر؛ والذي يعذر به ما لم يتعلق به حق للغير وكان يسع ترك تعلمه اهـ وبعضهم قيد ما لا يعذر فيه الجاهل بما يعلمه أبناء جنسه غالبا،

فأما من ادعى الجهل فيما يجهله أبناء جنسه غالباً فالقول قوله في جهله، قال أبو الحسن الصغير: والنصوص على هذا المعنى كثيرة؛ ومثله لابن المواز في امرأة ادعت أنها ما علمت بأنه لا وصية لوارث فقال على ما ادعت وتعذر اهـ وفي خ في مسألة إجازة الوارث الوصية: "ولزم إجازة الوارث بمرض لم يصح بعده إلا لتبين عذر بكونه في نفقته أو دينه أو سلطانه إلا أن يحلف من يجهل مثله له الرد".

وقول الناظم والغير بالحصر بعد الخ أي غير ما تقدم قصد ما لا يعذر فيه الجاهل بالحصر بالعد لا بالضابط والقاعدة؛ والمعدود كثير من مسائل الوضوء والصلاة والحج لا يعذر فيه بالجهل؛ ولا يعذر في جهل المصرف بأن دفع زكاته لغني أو عبد أو كافر كما تقدم وهو مراد النظم بقوله غير؛ ولا المرأة تنفق من مال زوجها وهو غائب ثم يأتي نعيه فإنها ترد ما أنفقت من يوم الوفاة؛ ولا التي شرط لها زوجها إن غاب عنها ستة أشهر فأمرها بيدها فيغيب عنها ويقوم بعد الستة المدة المذكورة الطويلة من غير أن تشهد أنها على حقها ثم تريد أن تقضي وتقول جهلت وظننت أن الأمر بيدي متى شئت فلا تعذر بالجهل؛ ولا التي أثبتت أن زوجها يضربها فيحكم لها الحاكم ثم أحضر زوجها ليطلق عليه فادعى أنه وطئها فأقرت فإن ذلك يسقط حقها ولو ادعت الجهل .

ولا المعتكف يظاً زوجته في اعتكافه فإنه يفسد اعتكافه ولو ادعى الجهل.

ولا الذي يقطع الدنانير والدرهم فلا تجوز شهادته ولو كان جاهلاً.

ولا الذي سكت عن حمل امرأته ثم أراد أن يلاعن؛ ولا التي تنكح وهي حاضرة فتسكت ولا تنكر حتى يدخل بها زوجها ثم تنكر النكاح وتقول لم أرض به وتدعي الجهل؛ والبكر التي يكون أذنهما صمتها تنكح فتقول ما علمت أن الصمت أذن وفي خ: "ولا يقبل دعوى جهلها في تأويل الأكثر"؛ ولا الغرماء يعتق غريمهم بحضرتهم فيسكتون ولا ينكرون ثم يريدون القيام؛ ولا العبد المعتق جاهلاً بعقده فيزني ويشرب قبل علمه بعقده فإنه يحد كحد الحر ولا يعذر بجهله بذلك؛ ولا في العبد يشتريه من يعتق عليه جاهلاً بذلك فيعتق ولا يعذر بالجهل، ولا يعذر في البيوع الفاسدة كلها حكم الجاهل فيها كالعالم؛ ولا المظاهر يظاً امرأته في الصيام فيلزمه الابتداء ولا يعذر بالجهل؛ ولا المظاهر يظاً قبل الكفارة فإنه يعاقب ولا يعذر بالجهل؛ ولا أكل مال اليتيم؛ ولا في مال حازه حائز مدة الحيازة التي تكون فيها عاملة وادعى الحائز أنه ابتاعه فإنه يصدق مع يمينه ولا يعذر صاحب المال إن ادعى الجهل؛ ولا في الأمة المرهونة يظؤها المرتهن فإنه يحد ولا يعذر بجهالة؛ ولا في الرهن يرده المرتهن فإنه تبطل بذلك الحيازة ولا يعذر

بالجهل؛ وهذان الفرعان هما مراد الناظم بقوله فرعا رهان وفي بعض النسخ باء رهان أراد اثنان لأنهما نقط اثنين، ولا المخيرة تقضي بواحدة ثم تريد أن تختار بعد ذلك وتقول جهلت وظننت أن لي أن أختار واحدة؛ ولا المخيرة لم تقض حتى انقضى المجلس وهما المراد بقوله كما بتخيير، ولا الأمة تعتق تحت العبد إذا وطئها زوجها بعد عتقها وادعت الجهل بالحكم فإنه يسقط خيارها ولا تعذر؛ ولا في الأمة النصرانية تشتري لتعتق عن كفارة وهما المراد بقول الناظم وعتق أمتين، ولا المملكة تقول قد قبلت ثم تقول كنت أردت ثلاثا فتريد الرجوع فيما صالحت به فلا ترجع على الزوج بشيء لأنها حين صالحت علمنا أنها لم تطلق ثلاثا ولا تعذر بالجهل؛ ولا المملكة يملكها زوجها فلا تقضي حتى ينقضي المجلس على أول قولي مالك ثم تريد أن تقضي بعد؛ ولا من ملك زوجته فقضت بالبتة وادعى الجهل بحكم التملك فقيل له يلزمك ما أوقعت فقال ما أردت إلا واحدة؛ ولا فيمن يجعل أمر امرأته بيد غيره فلا يقضي حتى يطأها ثم يريد أن يقضي ويقول جهلت وظننت أن ذلك لا يقطع ما كان لي .

وهذه الفروع الأربعة هي مراد الناظم بقوله ودال تملك؛ وفي بعض النسخ خمس والخامسة المملكة تمكن من نفسها عالمة بالتملك ثم تدعي الجهل بأن التملك يسقط خيارها؛ والمراد بها الذي يملك أمر زوجته لأجنبي وسافر ولم يشهد على أنه يرجع من سفره ويقضي فلما رجع أراد القضاء، ولا الشاهد يرى الفرج يستحل والحر يستخدم فيسكت ولا يقوم ثم يقوم ويدعي الجهل فلا تقبل شهادته؛ ولا الشاهد يخطئ في شهادته في الأموال والحدود وهما المراد بقوله وفي شهادتين، ولا في من باع جارية كان لها زوج فطلقها أو مات عنها وقالت ذلك الجارية لم يجز للمشتري أن يطأ ولا يزوجه حتى تشهد البينة على الطلاق أو الوفاة وإن أراد ردها وادعى أنه ظن أن قول الجارية والبائع مقبول لم يكن له ذلك وإن كان ممن يجهل معرفة ذلك، ولا في العبد يبيعه سيده على الخيار ويتركه بيد المبتاع حتى يطول الأمد بعد انقضاء أمد الخيار، ولا فيمن يباع عليه ماله ويقبضه المشتري وهو حاضر لا يغير ولا ينكر ثم يقوم ويقول لم أرض ويدعي الجهل؛ وهذه الفروع الثلاثة هي مراد الناظم بقوله ثلاث بيعات، ولا الطبيب يقتل بمعالجته في مداواة وهو جاهل بالطب، ولا المطلقة يراجعها زوجها فتسكت حتى يطأها ثم تدعي أن عدتها قد كانت انقضت وتدعي الجهل في سكوتها، ولا المتصدر للفتوى بغير علم، ولا فيمن قذف حرا يظنه عبدا، ولا من سرق ثوبا يساوي ربع دينار وفيه ربع دينار والشفيع يقوم بعد السنة وهو حاضر عالم، ولا من وجب له على أبيه يمين أو حد

فأخذه بذلك فلا تجوز شهادته ولا يعذر بالجهل؛ وقيل لا تسقط شهادته إن كان جاهلاً بذلك؛ وتقيد اليمين هنا بأن لا تكون يمين الرد وإلا فلا جرحه بها، ولا البدوي يقر بالزنى أو الشرب ويقول فعلت ذلك جاهلاً، وقوله فعذر نبذا أي عذر كل من هؤلاء مطروح اهـ
 وذكر المتيطي أن من أعتق أم ولده ثم وطأها في العدة وادعى الجهل فإنه يحد ولا يعذر بالجهل؛ قال وفي كتاب القذف من المدونة أنه إن عذر بالجهالة فلا حد عليه.

- | | | |
|-----|---------------------------|--------------------------|
| ١٠١ | وهل يراعى الاختلاف لا نعم | وعاب ذا اللخمي عياض وعدم |
| ١٠٢ | قيس وقد أجاد نجل عرفه | بأنه إعمال ما قد عرفه |
| ١٠٣ | خصم من الدليل في الذي لزم | مدلوله وفي نقيضه حتم |
| ١٠٤ | غير لرجحانه | |

هذه قاعدة هل يراعى الاختلاف أم لا؟ وعاب اللخمي مراعاة الخلاف حال كون عياض قائلاً وعدم قياس في مراعاة الخلاف أو التقدير؛ وقال عياض: عدم في مراعاة الخلاف القياس لما فيه من عدم الجريان على مقتضى الدليل؛ لأن الواجب على المجتهد اتباع دليله إن اتحد أو أرجحه إن تعدد؛ وتقرير الإشكال مراعاة الخلاف استناد مالك وغيره من أهل العلم على رعي الخلاف وجعله قاعدة مع أنهم لا يعتبرونه في كل موضع مشكل من ثلاثة أوجه: الأول أن كل حجة عمت وإلا بطلت أو لزم موجب تخصيصه بموضع دون آخر .

الثاني: على فرض صحته ما دليله شرعاً؟ وعلى أي شيء من قواعد أصول الفقه ينبني؟ مع أنهم لم يعدوه منها .

الثالث: أن الواجب على المجتهد اتباع دليله إن اتحد ، أو أرجحه إن تعدد .
 وأجاب عنه ابن عرفة بعد أن قال: تصور رعي لخلاف سابق على مطلق رعي الحكم عليه؛ بأن رعي الخلاف عبارة عن إعمال في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر؛ فظهر أنه في كلام الناظم عائد على رعي الخلاف وضمير مدلوله عائد على الدليل وضمير نقيضه عائد على المدلول؛ وقوله غير أي غير الدليل المعمل وهو دليل آخر؛ وقوله لرجحانه أي الدليل المعمل وفي الذي متعلق بإعمال؛ مثاله إعمال مالك دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار في لازم مدلوله ومدلوله عدم فسخه ولازمه ثبوت الإرث به بين الزوجين فيه؛ وهذا المدلول وهو عدم الفسخ أعمل في

نقيضه وهو الفسخ دليل آخر وهو دليل فسخه؛ قال ابن عرفة: فإذا تقرر هذا فالجواب عن الوجه الأول من الإشكالات أنا نقول: هو حجة في موضع دون آخر؛ وضابطه رجحان دليل المخالف عند المجتهد على نقيضه في لازم قول المخالف؛ كرجحان دليل المخالف في ثبوت الإرث عند مالك على دليل مالك في لازم دليله وهو نفي الإرث وثبوت الرجحان ونفيه هو بحسب نظر المجتهد وإدراكه في النوازل. ولهذا كان رعي الخلاف معمولاً به في نازلة دون أخرى.

ولا يلزم على مراعاة الخلاف القول بإثبات الملزوم مع نفي اللازم؛ بل هو في المثال المذكور ونحوه من باب نفي الملزوم وهو صحة النكاح الملزوم للإرث وبقاء لازمه الذي هو الإرث ولا يلزم من إثبات الملزوم؛ وأيضاً إثبات الملزوم مع نفي لازمه إنما يبطل مطلقاً في اللوازم العقلية؛ فأما في الظنية الفقهية فلا لأنه قد يكون هناك مانع يمنع من ثبوت اللازم مع وجود ملزومه شرعاً.

والجواب عن الوجه الثاني من الإشكال أن دليله الشرعي هو الدليل الدال على وجوب العمل بالأرجح؛ وهو مقرر في أصول الفقه وحديث النبي صلى الله عليه وسلم: ((الولد للفراش وللعاهر الحجر)) أي الخيبة ((احتجبي منه يا سودة)).

والجواب عن الثالث أن حقيقة مراعاة الخلاف هي إعمال لدليله من وجه هو فيه أرجح وإعمال لدليل غيره مما هو فيه عنده أرجح حسبما تضمنه حديث الولد للفراش من العمل بالدليلين معاً فيما كل منهما أرجح وليس إعمالاً لأحدهما وترك الآخر اهـ

تنبيه: وشروط مراعاة الخلاف أن لا يؤدي إلى صفة تخالف الإجماع؛ كمن تزوج بلا ولي ولا شهود بدانق؛ مقلداً في نفي اشتراط الولي أبا حنيفة وفي نفي اشتراط الشهادة مالكا وفي الدانق الشافعي؛ فإن هذه الصورة لم يقل بها أحد، ومنها أن لا يترك الذهاب إليها مذهبه بالكلية اهـ

واختلف على القول بمراعاة الخلاف هل يراعى كل خلاف أو المراعى خلاف المشهور؟ وعلى القول بمراعاة الشاذ هل يراعى شذوذ القائلين أو شذوذ الدليل؟ وهل المراعى الخلاف المذهبي أو كل خلاف ولو خارجه؟

١٠٤ هل ذو سبب في الاعتدال عليه كالمسبب

هذه قاعد هل التعدي على السبب كالتعدي على المسبب أم لا؟ وقد يمثل لها بأمثلة قاعدة الترك هل هو كالفعل أم لا؟

ومن فروعها أيضا من قتل عجلا فامتعت البقرة من الحلاب فإنه يغرم قيمته وما نقص البقرة بموته؛ وكذلك من امتلخ شيئا من شجرة فإنه يغرم قيمة المملوخ وما نقص من الشجرة إن نقصها اهـ وفي خ في التكلم على الجزاء في الحج: "وقوم لربها بذلك معها" اهـ أي عليه لربه قيمته معها.

١٠٥ هل خوطب الكفار بالفروع عليه كالوطء لذي الرجوع

١٠٦ والغسل والكرأ وإحداد طلاق وغرم كالخمر وتحليل عتاق

هذه قاعدة هل الكفار مخاطبون بفروع الشريعة أم لا؟ ومن فروعها وطفء المسلم لزوجته الكتابية يقدم في نهار رمضان، فقوله لذي الرجوع أي من سفره.

ومنها إجبار الذمية تكون تحت المسلم على الغسل من الحيض والنفاس والجنابة؛ وفيها ويجبر المسلم امرأته النصرانية على الطهر من الحيض إذ ليس له وطؤها حتى تطهر؛ ولا يجبرها في الجنابة لجواز وطئها كذلك؛ وحكم النفاس حكم الحيض؛ فإن قال الطهارة لا تصح من الذمية قيل طهارتها فيها لله خطابان: خطاب وضع من جهة أنه شرط في إباحة الوطف وخطاب تكليف من حيث أنه عبادة وعدم النية يقدر في الثاني دون الأول. ومنها مسألة الكراء للدابة من الكافر ليركبها لعيده هل في ذلك إثم أم لا؟ والمذهب أنه مكروه؛ وفي خ عادا المكروهات: "وكراء لعيد لكافر" فعلى أنهم متعبدون بالشريعة يكره معاونتهم على العصيان ولا يكره ذلك على أنهم ليسوا بعصاة لله في ذلك إلا بعد الإيمان؛ وعليه جاز - في سماع زوان أن يسير بأمه إلى الكنيسة اهـ.

ومنها لزوم الإحداد وعدمه للكتابية المتوفى عنها المسلم؛ واللزوم هو المشهور وهو مذهب المدونة؛ وفي خ: "وتركت المتوفى عنها فقط وإن صغرت ولو كتابية ومفقودا زوجها التزين بالمصبوغ" الخ. وعدمه لابن نافع وأشهب وابن كنانة ورده خ بلو اهـ.

ومنها طلاق الكافر اختلف فيه في اللزوم وعدمه والمشهور عدمه؛ وفي خ: "وإنما يصح طلاق المسلم" ثم قال: "وفي لزوم الثلاث لذمي طلقها وترافعا إلينا أو إن كان صحيحا في الإسلام أو بالفراق مجملا تأويلات" اهـ الأول لابن شلبون والثاني لابن أبي زيد والثالث للقاسي والرابع لابن أخي هشام وهو أظهر عند عياض.

ومنها غرم مثل الخمر والخنزير لمن أتلفه لذمي فهل يضمنه أم لا؟ قال مالك: لا غرم عليه؛ وعنه أيضا: وعليه قيمتها ويقومها حديث عهد

بالإسلام؛ وقال خ: الأظهر أن المسلم يضمن لهم الخمر وإن قلنا إنهم مخاطبون لأنهم أقروا على تملكها اه
ومنها تحليل الكتابية المبتوتة من المسلم هل تحل عليه بوطء الكافر أم لا؟
قولان مشهورهما الثاني والأول لأشهب؛ وقال خ: "لا بفساد" يدخل فيه
نكاح النصراني لأن أنكحتهم فاسدة؛ ويستغنى بهذا عن قوله في بعض
النسخ حتى يولج بالغ مسلم.

ومنها لزوم عتق الكافر؛ وفي إلزامه العتق بالمثلثة لعبد الكافر وظاهر خ
لزومه العتق في قوله: "وإنما يصح إعتاق مكلف بلا حجر" وعدم اشتراط
الإسلام في العتق؛ ونص على عدم إلزامه العيوب في قوله: "وبالحكم إن
عمد لشين برقيقه أو رقيق ولده أو لولد صغير غير سفيه وعبد وذمي بمثلة"
اه فذهب على عدم الإلزام وهو قول ابن القاسم ومختار أصبغ؛ وقال
أشهب يعتق عليه واختاره ابن حبيب واللخمي لأنه من التظلم بينهم الذي
يجب رفعه، وأما لو مثل بالعبد بعد إسلامه يعتق عليه لأنه حكم بين مسلم
وكافر .

تنبيه: لا خلاف في مذهب مالك أن الكفار مخاطبون بالفروع، وقد بين الله
تعالى في قوله: وَأَخَذَهُمُ الرَّبُّا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ خَبْرًا عَمَّا نَزَلَ
عَلَى نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الْقُرْآنِ وَأَنَّهُمْ دَخَلُوا فِي الْخُطَابِ
فَبِهَا وَنَعَمْتَ؛ وَإِنْ كَانَ خَبْرًا عَمَّا نَزَلَ عَلَى مُوسَى فِي التَّوْرَةِ وَأَنَّهُمْ بَدَلُوا
وَحَرَفُوا وَعَصَوْا وَخَالَفُوا فَهَلْ تَجُوزُ لَنَا مَعَامَلَتُهُمْ وَالْقَوْمُ قَدْ أَفْسَدُوا أَمْوَالَهُمْ
فِي دِينِهِمْ أَمْ لَا؟.

والصحيح جواز معاملتهم مع رباهم واقتحام ما حرم الله سبحانه عليهم؛ فقد
قام الدليل على ذلك قرآنا وسنة؛ قال الله تعالى: وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ
حِلٌّ لَكُمْ هَذَا نَصٌّ، وَقَدْ عَامَلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْيَهُودَ وَمَاتَ
وَدْرَعَهُ مَرْهُونَةً عِنْدَ يَهُودِيٍّ فِي شَعِيرٍ أَخَذَهُ لِعِيَالِهِ، وَالْحَاسِمُ لِلشَّكِّ فِي ذَلِكَ
الْخِلَافَ اتِّفَاقَ الْأُمَّةِ عَلَى جِوَارِ التَّجَارَةِ مَعَ أَهْلِ الْحَرْبِ؛ وَقَدْ سَافَرَ النَّبِيُّ
صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَاجِرًا إِلَى الشَّامِ وَذَلِكَ أَمْرٌ قَاطِعٌ عَلَى جِوَارِ السَّفَرِ إِلَيْهِمْ
والتَّجَارَةِ مَعَهُمْ، فَإِنْ قِيلَ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ النَّبِوَّةِ؛ قُلْنَا أَنَّهُ لَمْ يَتَّيَدَنَّ قَبْلَ النَّبِوَّةِ
بِحَرَامٍ؛ ثَبَتَ ذَلِكَ تَوَاتُرًا وَلَا اعْتِذَرَ عَنْهُ إِذْ بَعَثَ وَلَا مَنَعَ مِنْهُ وَلَا قَطَعَهُ أَحَدٌ
مِنَ الصَّحَابَةِ وَلَا مِنْ بَعْدِهِمْ مِنَ التَّابِعِينَ؛ وَقَدْ يَجِبُ السَّفَرُ إِلَيْهِمْ كَفِدَاءً وَفِي
الصَّلْحِ؛ وَقَدْ يَكُونُ نَدْبًا، وَأَمَّا السَّفَرُ لِمَجْرَدِ التَّجَارَةِ فَأَصْلُهُ الْإِبَاحَةُ أَهْـ وَقِيلَ
فَائِدَةُ خُطَابِهِمْ بِالْفُرُوعِ تَضْعِيفُ الْعِقَابِ: مَا سَلَكَكُمْ فِي سَفَرٍ . . . الْآيَةُ لِأَنَّهُ لَا
تَصِحُّ مِنْهُمْ الطَّاعَةُ؛ وَمِنْ هُنَا جَاءَ الْقَوْلُ بِالتَّفْصِيلِ بِأَنَّهُمْ مَخَاطَبُونَ بِمَقْتَضَى
الكف والتترك دون الإتيان أو الفعل.

فصل في النكاح وما يتعلق به من الطلاق وغيره

١٠٧ هل النكاح قوت أو تفكه إعفاف والد عليه يفقه

١٠٨ تأمل الأم

هذه قاعدة هل النكاح من باب الأقوات أو من باب التفكحات ؟ على هذا الأصل ينبنى الخلاف في وجوب إعفاف الوالد وهو المشهور؛ وفي خ: "وإعفاف بزوجة واحدة" وعدم وجوبه مروى عن مالك وابن القاسم وهو قول المغيرة وابن عبد الحكم؛ وروى ابن نافع وأشهب: إن كان رجلا نكاحا يأتي امرأة لها شأن فما أرى ذلك عليه؛ وقال اللخمي: إن كان محتاجا إلى النساء زوجه وإن لم يكن محتاجا إليهن ويخدم نفسه لم يكن عليه تزويجه؛ وإن لم يكن قادرا على خدمة نفسه أو كان مثله لا يتكلف ذلك كان تزويجه حسنا، وقال ابن رشد: ولو تحققت حاجة الأب إلى النكاح لا نبغي أن لا يختلف في وجوب ذلك على الابن؛ فالاختلاف إنما هو في تصديق الأب فيما يدعيه من الحاجة إلى النكاح.

وقوله تأمل الأم أصله قول المقرئ: انظر الأم هل هي كالأب؟ وليس الفرق بينهما إلا العار الذي يلحق الابن من تزوج أمه دون الأب؛ ولذلك تردد الكتاب المعزين فيمن تزوجت أمه هل يعزى أو يهنأ؟ فرأى بعض الحذاق أن التعزية جفاء والتهنئة استهزاء؛ فكتبوا: أما بعد فإن أحكام الله تجري على غير مراد المخلوقين والله يختار لعباده فخار الله لك فيما أراد من ذلك والسلام.

ومعنى قولهم النكاح قوت أي هو من الأمور الحاجية كالقوت؛ ومعنى قولهم تفكه أنه من الأمور المكملات؛ قال المقرئ: المصالح الشرعية ثلاثة: ضرورة كنفقة المرء على نفسه وسائر أسباب حفظ الكليات الخمس، وحاجية كنفقته على زوجته، وتنميمة كنفقته على والديه وولده، والأولى مقدمة على الثانية والثانية على الثالثة عند التعارض، وكذلك درء المفسدة ينتزل على المقدمات الثلاثة: فالعدالة هي في الشاهد ضرورة؛ فإن لم يكن في البلد عدول فقال ابن أبي زيد: تقبل شهادة أمثل البلد؛ وكذلك القضاة وغيرهم من الحكام على الأصح، وفي الوصي حاجية على الخلاف في اشتراطها، وفي الولي تنميمة لنيابة وازع القرابة عنها؛ ومن ثم لم تشترط في الإقرار إجماعا لكونه على خلاف الوازع الطبيعي.

ومن فروعها جبر العبد والمكاتب سيدهما على التزويج؛ فإن كان من باب النفقات جبره وإن كان من باب التفكّهات فلا جبر؛ وفي خ: " وجبر المالك أمة وعبدا بلا إضرار لا عكسه".

قال في الموازية: وإن تبين أن العبد والمكاتب محتاجان إلى النكاح وأن السيد ضار بهما فلا يقضى على السيد بنكاحهما، عبد الحميد: واختلف الناس في هذه المسألة؛ وفي ضيح: والظاهر أنه إن كان مضارا بهما وخافا العنت أن النكاح يجب عليه أو البيع لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار. ومنها دخول الزوجة في العيش في قول القائل كل ما أعيش فيه حرام فتحرم بذلك أم لا؟ وفي خ: "وهل تحرم بوجهي من وجهك حرام أو على وجهك أو ما أعيش فيه حرام أو لا شيء عليه كقوله يا حرام أو الحلال حرام علي أو جميع ما أملك حرام ولم يرد إدخالها قولان" اهـ القلشاني: والأولى أن الزوجة ليست بعيش اهـ فلا تدخل بمجرد اللفظ إلا أن ينويه اهـ أو يجري عرف والله أعلم.

١٠٨ وهل تبعض دعوى وبته فعتق يفرض

١٠٩ مع طلاق وكثنيا حكمين فرتب المفروض وافهم دون مين

هاتان قاعدتان: الأولى هل تتبعض الدعوى أم لا؟ والثانية هل تتبعض البتة أم لا؟ وفرع عليهما أربعة فروع لكل منهما اثنان على سبيل الترتيب؛ فالعتق والطلاق للأولى والثنيا والحكمين للثانية.

فمن قال لعبده أعتقتك على مال وأنكر العبد فقال ابن القاسم في المدونة: القول قول العبد ويحلف؛ وعليه مشى خ إذ قال: "والقول للسيد في نفي العمد لا في عتق بمال" وقال أشهب: القول قول السيد ويحلف.

ومن أقر أنه طلق وادعى أنه على شيء وأنكرته الزوجة فروى ابن القاسم عن مالك أن القول قول المرأة مع يمينها ولا شيء عليها، ابن رشد: وهو المشهور؛ ولذا اقتصر عليه في خ إذ قال: "وإن ادعى الخلع أو جنسا أو قدرا حلفت وبانت" وقال عبد الملك: القول قوله وتعود زوجته بعد أن يحلف الزوج أنه خالع على ما ذكره؛ أو تحلف هي أنه كان طلاقا بغير عوض، اللخمي: والأول أحسن؛ ولا يرتفع الطلاق بعد وقوعه.

ومنشأ الخلاف هل تتبعض الدعوى ويؤخذ الزوج بما أقر به أم لا؟ ولأصبغ ثالث إن أقر بالخلع ونسي إقراره بقوله إنما أردت أن لا يتم حتى تعطي فالقول قوله وإلا فلا قول له.

وأشار بثنيا إلى مسألة الاستثناء من البتة؛ كما إذ قال لزوجته هي طالق البتة إلا واحدة هل تلزمه اثنتان أو ثلاث؟ قولان أصحهما الأول بناء على أنها تتبعض وأنها مرادفة للثلاث؛ والثاني لسحنون بناء على أنها لا يصح الاستثناء منها ولا تتبعض؛ وفي خ: " ففي ثلاث إلا ثلاثا إلا واحدة أو ثلاثا أو البتة إلا اثنتين إلا واحدة : اثنتان . "

وبقوله حكيمين إلى مسألة الحكمين يوقع أحدهما غير ما أوقعه الآخر؛ قال خ في قول جب في اختلاف الحكمين في العدد مشهورهما واحدة وثالثهما إن كان المخالف حكم باثنتين أو ثلاث فواحدة؛ وإن حكم بالبتة لم يلزم شيء، والمشهور لزوم الواحدة لاجتماعهما عليها وبناء على أن البتة تتبعض؛ والثاني عدم لزوم الواحدة لأنهما لم يتفقا؛ والقول الثالث أن حكم المخالف باثنتين أو ثلاث فكالمشهور وإن حكم بالبتة لم يلزم شيء بناء على أنها لا تتبعض اه وفي خ: " لا أكثر من واحدة وتلزم إن اختلفا في العدد " اه

ومن فروع تبعيض الدعوى من وجدا في بيت فقلا نحن زوجان وهما غير طارئين ولم يشهدا على نكاح فإنهما يحدان إن أقرأ بالوطء؛ هذا مذهب المدونة، واعتمده خ إذ قال آخر باب الزنى: " وإن قالت زنيته معه فادعى الوطء والزوجية أو وجدا في بيت وأقرأ به وادعى النكاح أو ادعاه فصدقته ووليها وقالوا لم نشهد " حدا وقال عبد الملك: لا حد عليهما وإن كانا بلديين.

ومنها من قال أقررت لك بألف مثلا وأنا صبي فالأصح أنها لا تلزمه كما في خ عند عد ما لا يلزم فيه الإقرار؛ ومثله طلقك وأنا صبي كما في المدونة، ومنها إذا قال لك علي ألف من ثمن خنزير أو مائة أو شيء لا يصح بيعه أو لك علي ألف من ثمن عبد ولم أقبضه اه ابن شأس: إذا قال لك علي ألف من ثمن خمر أو خنزير أو مائة أو حر لم يلزمه شيء؛ إلا أن يقول الطالب هي من ثمن بر أو شبهه فيلزمه مع يمين الطالب، ضيخ: لأن قوله لك علي ألف إقرار وقوله بعد ذلك من ثمن كذا يعد ندما فلذلك إذا نوكر لزمه الألف، ابن عبد السلام: وهو الصحيح على قول من يبعض كلام المقر من أصحابنا وأما من لا يبعضه فالأقرب أنه لا يلزمه شيء؛ لأن أول الكلام مرتبط بأخيه اه وفي خ: " ولزم إن نوكر في ألف من ثمن خمر أو عبد ولم أقبضه " اه ابن شأس: قال ابن القاسم وسحنون وغيرهما يلزمه الثمن ولا يصدق في عدم القبض.

ومنها مسألة هذه الجبة لك وبطانتها لي أو هذا الخاتم لك وفصه لي؛ إن قال ذلك نسقا يقبل إن كان إقراره مجردا عن لفظ الغصب، وإن لم يجرد منه بأن قال غصبته وما معه لي فقال أشهب وابن سحنون: هذا مثل الإقرار المجرد

من الغصب، وقال ابن عبد الحكم: الفص والخاتم للمقر له ويحلف؛ ولو نكل وقال لا علم لي يحلف أنه لا علم له بذلك وكان له الفص اهـ وفي خ في عد ما يقبل فيه قول المقر: " وكخاتم فسه لي نسقا إلا في غصب فقولان " .

ومنها زيادة الورم ودعوى تسلف الوديعة عند تلفها؛ وكذلك القرض والإقرار بوطء جارية يدعي أنها له وينكر صاحبها؛ والطارئة تدعي تخلف زوجها عنها في الطريق ثم أرادت أن تطلق نفسها بالضرر؛ المازري: لا يصح الحكم على زوجها بالفراق لاعترافها بالزوجية وبقاء العصمة وادعت ضررا فهي مقرة بالعصمة مدعية ما يوجب زوالها على تبويض الدعوى وهو قول ابن القاسم فإنه يبيعض الدعوى في أمثال هذا فيصير مقرا مدعيا وأشهب لا يبيعضها ولا يؤاخذ إلا بجملته الكلام اهـ

١١٠ الطول مال أو وجود حره وفرعه لينكحن ضره

هذه قاعدة هل الطول الوارد في قوله تعالى: وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ . الآية هو المال الذي يقدر أن يتزوج به حرة أو يشتري به أمة أو مع قدرته على النفقة والسكنى لأن الطول لغة الفضل والسعة؛ قال تعالى: اسْتَأْذِنَكَ أَوْلَا الطَّوْلِ، ذِي الطَّوْلِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ، أو هو وجود الحرة في العصمة؟

ويفرع على هذا الخلاف من حلف لينكحن على امرأته ضرة فتزوج أمة هل يبر بنكاحها أو لا؟ قولان؛ فيبر على الثاني دون الأول بناء على أنه لا يبر بالفاسد؛ وفي خ في عدد ما لا يقع به الحنث ويفسخ: "أو بغير نسائه في لأتزوجن " اهـ

ويفرع عليه أيضا إن كان الطول المال الذي يتوصل به إلى دفع العنت أنه يجوز له جمع من يجوز له جمعه من أربع سمي لكل واحدة؛ وما إذا عدم طول حرتين ولم تكفه واحدة فإنه يجوز على ذلك.

وينبني على الخلاف أيضا تزوج الحر الأمة على الحرة فهل يمضى أم لا؟ ويمضى على المشهور وتخير الحرة في نفسها ولا تقضي إلا بواحدة بخلاف المعتقة تحت العبد؛ وقيل كالمعتقة؛ وقال ابن الماجشون: تخير في نكاح الأمة. وهذه المسألة عكس الأولى؛ والمشهور الإمضاء بناء على أن الحرة تحته ليست بطول وعلى القول بأنه طول يفسخ النكاح؛ وفي خ: "وإلا فإن خاف زنى وعدم ما يتزوج به حرة غير مغالية ولو كتابية أو تحته الحرة" اهـ فمشى على القول بأن وجود الحرة ليس بطول؛ فيجوز نكاح الأمة عليها ويمضى اهـ .

١١١ وهل على أقل أو ضد حمل إن عدم المقصد لفظ محتمل

١١٢ كالنذر والحرام

هذه قاعدة هل يحمل اللفظ المحتمل للأقل والأكثر إذا لم يقترن بما يدل على القصد منه على الأقل أو على الأكثر؟

من ذلك من نذر صوم شهر ولم يعين ثلاثين ولا تسعة وعشرين ولم يبدأ بالهلال؛ هل عليه ثلاثون أو يجري الأقل؟ والأول مذهب المدونة؛ وفي خ - عاطفا على ما يجب - "والأكثر إن احتمله لفظه بلا نية كشهر فثلاثون ولو يبدأ بالهلال" والثاني لابن عبد الحكم وابن المواز.

ومنه لفظ الحرام يوقعه على زوجته من غير نية الثلاث هل يحمل على الثلاث الذي هو الأكثر أو على طلقة بائة؟ قولان؛ والمشهور لزوم الثلاث في غير المدخول بها إلا أن ينوي أقل والثلاث في المدخول بها ولا ينوي؛ وفي خ: "والثلاث إن لم ينو أقل إن لم يدخل بها كالميتة والدم ووهبتك ورددتك لأهلك وأنت وما انقلب إليه من أهل حرام".

تتبيه: هذه القاعدة كقاعدة الأخذ بأوائل الأسماء أو بأواخرها وتقدمت فيها فروع.

ومنها أيضا من حلف ليتزوجن هل يبىر بالعقد أو لا يبىر إلا بالدخول؟ وهو المشهور .

١١٢ هل تقررا بالعقد بالعرس الذي قد أمهرا

١١٣ أم نصفه أم لا عليه ما استحق حد نكاح غلة كأن سرق

١١٤ وشبهها

هذه قاعدة المهر هل يتقرر جميعه بالعقد أو إنما يتقرر نصفه أو لا يتقرر شيء؟ والعرس - بكسر العين المهملة وسكون الراء - الزوجة.

ويبنى على هذا الأصل ما استحقه الزوج بالطلاق من نصف ماشية بعينها هل يزكيه مع الزوجة على حكم الخليط أو هي فائدة يستقبل بها؟ .

ويبنى عليه أيضا ما إذا أصدقها جارية ثم وطئ تلك الجارية قبل البناء فهل يحد أم لا؟ بناء على الخلاف؛ وفي خ في تعريف الزنى: " لا ملك فيه باتفاق " وظاهره أنه لا يحد.

وقوله نكاح أشار به إلى الخلاف في نكاح الزوج أمة الصداق قبل البناء.

وبقوله غلة إلى الخلاف الواقع في غلة الصداق هل هي كلها للزوجة أو للزوج أو هي بينهما؟ وفي خ: "وهل تملك بالعقد النصف فزيادته كنتاج وغلة ونقصانه لهم وعليهما أو لا خلاف".

وبقوله كأن سرق إلى مسألة الزوج يسرق شيئاً من الصداق قبل البناء فهل يجب عليه القطع أم لا؟ وفي خ فيما يقطع فيه الزوجان: "وزوج فيما حبر عليه" فضبط القطع بالتحجير مع الملك اهـ.

وبقوله وشبهها كالخلاف في ضمان الصداق إذا قامت البينة بعد الطلاق قبل البناء على تلفه هل على الزوجة غرم النصف أم لا؟ وفي رجوع شهود الطلاق قبل البناء هل يغرمون النصف أم لا؟ قولان مشهورهما الأول، واعتمده خ إذ قال: "وإن رجعا عن طلاق فلا غرم كعفو القصاص إن دخل وإلا فنصفه" والثاني قول أشهب وابن عبد الحكم.

ومنه الخلاف في رجوع من أنفق منهما على الثمرة والعبد؛ قال جب: وما أنفق على الثمرة من علاج وسقي عليهما؛ وفي رجوع من أنفق منهما على العبد قولان.

يلزم عرسا في الذي تضمنه	١١٤ تنبيه اعلم أنه
يبني بها من غير أن يبذلها	١١٥ زكاته كفطرة وبعلاها
بكتبرع بقيد يعرف	١١٦ كالفسخ قبل ولها التصرف
في أمهات ببيان يجتلى	١١٧ ضمانه غلاته قد فصلا

لا خلاف أن على المرأة قبل البناء زكاة الفطر على رقيق الصداق وزكاة الشجر والمعين من الماشية وإن لم تقبضه؛ وزكاة العين إن قبضته؛ لأن ضمان هذه الأشياء إن هلكت قبل البناء منها، وله الدخول بها من غير شيء كان الصداق بيدها أو بيده؛ ولها البيع والهبة والصدقة والإعتاق ما لم يزد على ثلث مالها، والمنصوص أن لا شيء لها بالفسخ قبل البناء إلا أن يكون الفسخ من أجل نقصان الصداق عن ربع دينار فيلزم نصف ما أصدقها به مما هو أقل من الربع.

ومعنى قول الناظم وبعلاها يبني بها من غير أن يبذلها أي له البناء بها من غير أن يعطيها شيئاً آخر إذا هلك الصداق قبل البناء؛ وشبه ذلك الفسخ أي كما يعطيها شيئاً في الفسخ قبل البناء الخ.

وقوله ضمانه غلاته . . . البيت معناه أن حكم ضمان الصداق وحكم غلاته مفصل في دواوين الفقه ببيان ظاهر، قال في إيضاح المسالك: لا خلاف أن

الضمان من الزوجة بعد الطلاق فيما لا يغاب عليه إن كان بيد الزوج؛ وفي كون ضمانه منها أو منهما إن كان بيدها قولان، وفي ضمان ما يغاب عليه إن قامت البينة قولان لأشهب وابن القاسم بناء على أن الضمان للتمتع أو للإصابة، واختلف ابن القاسم وابن عبد الملك في الرجوع عليها بالغلة بعد الطلاق خاصة؛ فابن القاسم يوجبها بناء على أنه رجع بعد أن ملكته اهـ.

١١٨ هل يملك العبد

هذه قاعدة هل العبد يملك؟ أي هل العبد يعد مالكا أم لا؟ والمذهب أن العبد يملك لكن ملكه غير تام؛ ولذلك لا يزكي ماله على المشهور؛ ولا يزكيه سيده أيضا على المعروف، وقيل يزكيه العبد؛ وقيل يزكيه السيد، وقال ابن الماجشون: أما ما يخرج العبد من المعدن فعليه فيه الزكاة اهـ.

ومما ينبني على هذه القاعدة من قال ممالكي أحرار هل يعتق عليه عبيد عبيده؟ نص في المدونة على أنهم لا يعتقون؛ وفي خ: "والشقص والمدبر وأم الولد وولد عبده من أمته وإن بعد يمينه والإماء فيمن يملكه أو لي أو رقيقا أو عبيدي أو ممالكي لا عبيد عبيده".

ومنها أيضا اعتبار الربا بين العبد السيد ومثل الربا فسخ الدين في الدين وضع وتعجل وحط الضمان وأزيدك؛ والمشهور اعتبار جميع ذلك بينهما فيحرم بينهما ما يحرم بين غيرهما خلافا لابن وهب فأجاز ذلك بينهما؛ وينبغي أن يقيد كلامه بمن له انتزاع ماله ليخرج المكاتب ونحوه؛ ولهذا قالوا: إن كان على العبد دين لم تجز مراتبه مع السيد اتفاقا، قال بعض المتأخرين: إلا أن يلتزم السيد الدين فالخلاف، ومثل مراتبه فسخ الدين في الدين وضع وتعجل وحط الضمان وأزيدك ونحوها.

١١٨ وهل يقدر كاثنين واحد

هذه قاعدة هل تعتبر جهتا الواحد فيقدر اثنين أم لا؟ ويعبر عنها بقولهم اختلاف الجهة هل يوجب تعدد المتحد أم لا؟ وقولهم اليد الواحدة هل تكون قابضة دافعة؟ وقولهم الواحد بالشخص له حيثيات.

ومن فروعها هل لمن له ولاية كابن عم ونحوه أن يتولى الطرفين فيزوجها من نفسه؟ وهو المشهور، وحكى ابن القصار عن المغيرة وأحمد أن ذلك غير جائز إلا إذا وكل غيره، وكذلك المرأة إذا كانت لا ولي لها وصار الأمر إلى ولاية الإسلام؛ أو كانت دنية لا قدر لها يجوز أن توكل من

يزوجها على العقد فيعقد ذلك من نفسه وإن لم يكن من أوليائها، ويمنع ذلك على قول المغيرة وغيره إلا أن يوكل غيره يعقد لها منه، والأحوط أن توكل غيره فإن وكلته مضى وجاز.

ومنها الوصي على يتيم إذا باع شقصه هل له أن يشفع لیتيم آخر تحته؟ وفي خ: "وشفع لنفسه أو لیتيم آخر" وفي المواق: وقال عبد المالك: إن باع وصي شقصا لأحد أيتامه فله أخذ الشفعة لباقيهم فلا يدخل فيهم من بيع عليه، ولا حجة على الوصي بأنه بائع لأنه باع عن غيره اهـ.

ومنها من أخذت منه الزكاة هل تعطى له؟ قال المقرئ: أصل مالك اعتبار جهتي الواحد فيقدر اثنين؛ فلذلك يتولى طرفي العقد في النكاح والبيع، ويرث الأب مع البنت بالفرض والتعصب، ويشفع نفسه، وعلى هذا القياس يؤخذ من الشخص الواحد باعتبار غناه، ويرد عليه باعتبار فقره أو يترك له، ويقدر الأخذ والرد كالمقاصة على الخلاف في العمل في هذه القاعدة، وأصل الشافعي خلاف أصل مالك فيها اهـ.

١١٨ وهل يعتبر

١١٩ إفساد ما صح بنية ففي طالق إن يطأ فلم يعلم قفي

١٢٠ وحفصة مع عمرة كناصح مع مريزيق وشبهه واضح

هذه قاعدة هل الصحيح يفسد بالنية أم لا؟

ومن فروعها من مرت عليه امرأة في ظلام ليل فوضع يده عليها فظنها زوجته فقال أنت طالق إن وطئتك الليلة فوطئها فإذا هي غير امرأته فهل يلزمه طلاق زوجته أم لا؟ قولان.

ومنها من له زوجتان حفصة وعمرة؛ فقال يا حفصة فأجابته عمرة فقال لها أنت طالق؛ لظنه أنها حفصة.

ومن له عبدان ناصح ومريزيق؛ فقال يا ناصح فأجابه مريزيق فقال له أنت حر يظنه ناصحا، فهل تطلق عليه عمرة ويعتق عليه مريزيق أم لا؟ في ذلك أربعة أقوال منصوصة: القول بطلاق المرأتين وعتق العبدتين لأصبع، والقول بعدم ذلك حكاه ابن سحنون، والقول بطلاق المجيب وعتقه لأشهب في القضاء والفتوى قائلًا لا المدعو لأن الله حرمه ذلك، وقال ابن القاسم: إن قامت عليه بينة عتقا معا وطلقا معا وإن لم تقم بينة عتق المدعو دون المجيب؛ واعتمده خ بقوله: "أو قال حفصة فأجابته عمرة فطلقها فالمدعوة وطلقتنا مع البينة" وقول ابن القاسم هذا يلقي في المغايات فيقال: ما

مذهبه فيما ذكر؟ فمن أجاب يعتقان ويطلقان أو لا يفعل ذلك بواحد منهما أو يفعل ذلك بالمدعو أو المجيب كان كل ذلك خطأ اهـ وأشار بقوله وشبهه واضح إلى ما أشبه هذه الفروع المذكورة، كمن اشترى عنبا على أن يعصره خمرا فصرفه لغير خمرة من زبيب أو خل، ومن أكرى داره ممن يبيع فيها خمرا فلم يبيع حتى انقضت مدة الكراء، ومن تزوج من يظنها معتدة فإذا هي برية، ومن تزوج بخمر فإذا هو خل، ومن دخل خلف من يظنه يصلي الظهر فإذا هو يصلي العصر والداخل يصلي العصر، ومن صام يوم الشك فإذا هو رمضان.

- | | | |
|-----|-------------------------|-------------------------|
| ١٢١ | وهل يراعى مترقب وقع | يومئذ أو قهقري إذن رجوع |
| ١٢٢ | لسبب الحكم كمعتق ومن | ربح أو أمضى كبيع اعلمن |
| ١٢٣ | وهي التي تدعى بالانعطاف | عكس التي تدعى بالانكشاف |
| ١٢٤ | كطالق يوم قدوم من قصد | ورد منفق كمال قد فقد |
| ١٢٥ | وآخر الزوجات طالق .. | |

هاتان قاعدتان: الأولى: المترقيات إذا وقعت هل يقدر حصولها يوم وجودها وكأنها فيما قبله كالعدم أو يقدر أنها لم تزل حاصلة من حين حصلت أسبابها التي أثمرت أحكامها وأسند الحكم عليها؟ وهي القاعدة التي تدعى بالتقدير والانعطاف؛ والثانية قاعدة الظهور والانكشاف.

وقوله يومئذ أي يوم وقوعه لا قبله لكونه كان معدوما حسا قبل الوقوع فكذلك يكون حكما، وقوله أو قهقري أي يرجع وقوعه القهقري إلى حين وقوع سبب الحكم فيقدر ابتداء وقوعه من حين وقوع السبب.

وأشار بقوله كمعتق بكسر التاء وفتحها إلى مسألة من أعتق عبده في سفر ثم قدم فأنكر ثم شهد عليه فحكم عليه فهل يقدر الحكم يوم أعتق أو لا؟

وبقوله ومن ربح إلى مسألة الربح في القراض مع أصله هل يقدر في الزكاة في أول الحول أو يوم الشراء؟

وبقوله أو أمضى إلى إمضاء بيع الخيار هل يقدر كأنه لم يزل من حين العقد أو يوم الإمضاء؟

وبقوله كعيب إلى مسألة الرد بالعيب هل يقدر العقد كأنه لم يزل منقوصا من حين العقد أو من حين الرد؟

ومثلها صيام التطوع بنية قبل الزوال من اليوم المصوم فهل ينعقد الصوم بها وتتعطف النية على ما قبل وقتها من اليوم؟ وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة؛ أو لا ينعقد بها الصوم؟ وهو مشهور مذهب مالك؛ وفي خ: "وصحته مطلقا بنية مبيتة أو مع الفجر" وخالف بعضهم في يوم عاشوراء وحده لحديث ظاهره صحة صومه بعد الفجر.

ومن قام ليستحق الأرض في الإبان فخاصم وحكم له بها بعد الإبان فهل يكون بسبب الحكم الكراء للمستحق منه؟ قال المازري: قد يقال أن مدافعة المستحق منه إذا كانت بتأويل وجه شبهة فإنه يحسن القضاء بإسقاط حق المستحق في الكراء، وإن كانت المخاصمة له بباطل واضح فإن الكراء للمستحق؛ قال: وقد حضرت مجلس الشيخ أبي الحسن اللخمي وقد استفتاه القاضي في امرأة دعت زوجها للدخول فأنكر النكاح فأثبتته عليه؛ فأفتاه بأنه يعتبر مدافعته لها في النكاح هل كان من الزوج بتأويل وشبهة؟ فلا يطالب بالنفقة أيام الخصام؛ أو كان دفعها بباطل واضح؟ فيكون كالغاصب لها حقها في النفقة فيقضي لها بذلك. قال أي المازري: وهذا نحو ما أشرنا إليه في هذه المسألة.

ومنها أيضا ما إذا كان في عقد النكاح خيار ووقع الوطاء قبل الاختيار ثم اختار من له الاختيار إمضاءه فهل يكون ذلك الوطاء إحصانا أم لا؟ ومنها ما إذا اشترى الوكيل من يعتق على موكله عالما فهل يعتق على المأمور أو يكون الوكيل كالعامل؟ ثالثها: إن كان المال ربح أعتق وإلا فلا، قال المقري: فمن رأى المترقيات حاصلة رآها كالشريك؛ فهو كالقاصد إلى أن يعتق عليه، ومن لم يعد المترقيات نفى العتق لأنه لا شرك له وله شبهة في التصرف، فمن نظر إلى هذا جعل الوكيل كالعامل؛ ومن نظر إلى الأول لم يجعله، فإن لم يعلم أعتق على الأمر؛ لأن الوكيل إذا أتلّف خطأ لا يغرم وهي قاعدة مختلف فيها بينهم أيضا أن من أذن له إننا خاصا فأخطأ فيه هل يضمن أم لا؟ اهـ

ومثل لقاعدة الظهور والانكشاف بقوله كطالق إشارة إلى من قال لزوجته أنت طالق يوم قدوم فلان لرجل معين فقدم نصف النهار؛ فإذا قدم تبين أن الطلاق كان قد وقع في أول اليوم وانكشف ما كان مستورا وعلم ما كان مجهولا؛ فتجري أحكام الطلاق من أول اليوم على حقائقها. وبقوله ورد منفق إلى استرجاع النفقة المدفوعة إلى المرأة على ثبوت الحمل إذا ظهر بعد ذلك أنه كان ريجا على المشهور .

وبقوله ومال من فقد إلى رد قسمة مال المفقود في أرض الإسلام في الأجل أو قبله بعد ما أنفق أو ولاده على أنفسهم من ماله، قال مالك فيها بوجوب النفقة وخولف.

وبقوله وآخر الزوجات طالق إلى مسألة من قال آخر امرأة أتزوجها طالق؛ فإنه يكف عن كل امرأة يتزوجها حتى يتزوج أخرى بعدها لانكشاف صحة العصمة بأنها ليست بآخر امرأة لم يتزوج بعدها غيرها صار التارك والموت كاشفين كونها آخر امرأة؛ فأسندنا الآن هذا الوصف إلى حال عقد نكاحها.

ومثلها من ضمن عن رجل دينا فأدى الغريم إلى غريمه عنه عرضا وسقط ضمان الضامن ثم استحق العرض من يد الغريم ولم يوجد المضمون أو وجد عديما؛ قال فضل: نزلت بقرطبة فأفتيت فيها بأن لا رجوع للغريم على الضامن؛ لأن الدين إنما لحق بعد انحلال الضامن عن الضمان، كالعبد إذا باع سلعة ثم أعتقه سيده واستحقت السلعة؛ ووقع الحكم بخلاف ما أفتيت به فأغرم الضامن.

ومثلها أيضا مسألة ضامن الوجه يحضر مضمونه بعد الحكم بغرمه وقبل أن يغرم، والمشهور أن الغرم لا يسقط عنه بذلك، وفي خ: "ولا يسقط الغرم بإحضاره الحكم" وقال سحنون: إذا أحضره سقط الغرم.

ومثلها مسألة العبد يولي فيوقف شهرين وأبى أن يفيء فطلق عليه ثم يثبت أنه حر؛ قال أبو عمران: الذي يظهر لي أن الطلاق ينتقض لأنه ممن أجله أربعة أشهر أهـ. والصانع يغرم قيمة المصنوع لدعواه الضياع ثم يوجد؛ صرح ابن هشام أنه حكم مضي. والعبد يهلك فلا يدري أفي العهدة أو بعدها فترادّ الثمن ثم يأتي العبد؛ قال ابن رشد: إن حكم عليه بذلك حاكم وجب أن يرد العبد للمبتاع لانكشاف خطأ الحاكم وهو مما لا اختلاف فيه. والمكثري والمستعير يتعديان المسافة بالدابة فتضل ثم توجد بعد أخذ صاحبها قيمتها.

١٢٥ وهـل كمن أقر ساكت وقد نقل

١٢٦ سليل رشد نفي كونه رضى واختلفوا هل هو إذن وارتضى

١٢٧ نعم ببكر لا بغير للأثر فمن فروع الأصل ما قد انكسر

١٢٨ من يد من قلب كالمكيال كالغرس والبنا وشبه تالي

١٢٩ وقد حكى الشيخ عن الأصحاب الصمت كالإقرار في الإياب

١٣٠ والحوز واليمين واللعان والعتق والنكاح والضمان

- ١٣١ دعوى كدين تجر عبد وكرا ونجل عبد للسلام قررا
- ١٣٢ أن الذي دل عليه المذهب أن الذي دل على ما يكسب
- ١٣٣ بالنفس دون النطق كالنطق وما فيه تردد به قد علما

هذه قاعدة هل الساكت على الشيء مقر به وآذن فيه أم لا؟ وقد قال ابن رشد في البيان: لا خلاف أن السكوت ليس برضى؛ لأن الإنسان قد يسكت مع كونه غير راض؛ وإنما اختلفوا في السكوت هل هو إذن أم لا؟ والراجح كونه ليس بإذن لقوله عليه الصلاة والسلام في البكر: ((إذنها صماتها)) فدل ذلك على أن ذلك خاص بها اهـ

فمن فروع الأصل ما قد انكسر من يد من قلبه إذا أخذه بغير إذن ربه وتركه وهو ينظر إليه ويراه هل يضمن أم لا؟ قال ابن سلمون: ومن أخذ سيفاً أو قوساً أو آنية فخار ليقلبها فانكسر السيف أو الفخار أو القوس؛ فإن كان ذلك بإذن صاحبه فلا شيء عليه عند مالك، وإن كان ذلك بغير إذنه فهو ضامن، وكذلك الدابة وغيرهما عنده، قال أصبغ: وكذلك إن أخذ الفخار وصاحبه يراه ولم يأذن له فسقط منكسرا فلا ضمان عليه، وروى عيسى عن ابن القاسم أنه يضمن إلا أن يأذن له، ونقل أيضا عن أصبغ أنه إن كان أخذ ذلك بعنف مثل أن يأخذ القلة الكبيرة بأذنها وغير ذلك من وجوه العنف فإنه ضامن اهـ.

وأشار بقوله كالمكيال إلى مسألة سقوط المكيال بعد امتلائه من يد المبتاع وقد كان بغير إذن البائع وقلنا الكيل عليه وهو حاضر ساكت. وبقوله كالغرس والبنا الخ إلى مسألة من غرس في أرض غيره شجراً أو بنى فيها، أو غرس على مائه وهو ساكت ثم أراد المنع؛ فإن قلنا إن سكوته كالإذن جرى على العارية المبهممة في الجدار والعرصة؛ وإن قلنا ليس بإذن فله منعه بعد أن يحلف ما آذن، وقد قال الشيخ ابن أبي زيد: السكوت كالإقرار في أمور منها أن يقول الزوج لزوجته قد راجعتك فتسكت ثم تدعي من الغد أن عدتها كانت قد انقضت فلا قول لها. وهذا هو مراد الناظم بقوله في الإياب أي الارتجاع، قال ابن أبي زيد: ومنها من حاز شيئاً يعرف لغيره فباعه وهو يدعيه لنفسه والآخر عالم ساكت لا ينكر بيعه فذلك يقطع دعواه.

ومنها أن يأتي ببينة إلى رجل فيقول اشهدوا لي أنه عنده كذا وكذا لي وهو ساكت فذلك يلزمه.

ومن حلف لزوجته أن لا يأذن لها إلا في عيادة مريض فخرجت بغير إذنه لم يحنث؛ إلا أن يسكت بعد ما رآها فإنه يحنث.
ومنها من يرى حمل زوجته فلم ينكره ثم ينفيه بعد ذلك ولا يلاعن.
ومنها إذا سكت الغرماء عن عتق الغريم وطال ذلك؛ أو سكتوا حتى قسم الورثة تركة الغريم ولا مانع.
ومنها إذا علم الأب أو الوصي أو السيد بنكاح من إلى نظرهم وسكتوا.
ومنها إذا أصر الطالب الغريم وعلم الضامن وسكت حتى حل الأجل ولم ينكر فالحمالة لازمة كما في المدونة.
ومنها مسألة العبد يتجر ويبيع ويشترى بمعرفة مولاه وعلمه ولا يغير ذلك ولا ينكر فيصير بذلك مآذونا.
ومنها الذي يزرع أرض رجل بغير إذنه وهو عالم ولم ينكر ذلك عليه اهـ
أما مسألة الرجعة فقال بهرام: ظاهر خ أن الصمت ولو كان يسيرا يضرها، وفي المدونة: ثم ادعت بعد يوم أو أقل الخ، ومسألة الحوز قال فيها ابن عاصم:

وحاضر بيع عليه ماله في مجلس فيه السكوت حاله

يلزمه البيع الخ

ومسألة اليمين قال فيها خ - عاطفا على ما فيه الحنث -: "وبتركها عالما في لا خرجت إلا بإذن لا إن أذن لأمر فزادت بلا علم" فمفهومه إن زادت بعلم وسكت حنث؛ وهو كذلك كما في المدونة، وقيل لا يحنث في السكوت في هذه المسألة حكاه المنجوري، وفي مسألة اللعان قال ابن عاصم:

وساكت والحمل حمل بين يحد مطلقا ولا يلتعن

وفي مسألة العتق يقول خ: "ولغريمه رده أو بعضه إلا أن يعلم ويطول" اهـ فالسكوت في هذه يشترط فيه الطول، وفي مسألة النكاح يقول خ: "وحلف رشيد وأجنبي وامرأة أنكروا الرضى والأمر حضورا إن لم ينكروا بمجرد علمهم وإن طال كثيرا لزم" اهـ وهذه مقيدة أيضا بالطول، وإلى مسألة الضمان أشار خ بقوله: "ولزمه تأخير ربه المعسر أو الموسر إن سكت أو لم يعلم إن حلف أنه لم يؤخره مسقطا وإن أنكر حلف أنه لم يسقط" اهـ وقول الناظم ونجل عبد للسلام الخ إشارة إلى قول ابن عبد السلام: الذي تدل عليه مسائل المذهب أن كل ما يدل على ما في نفس الإنسان من غير النطق فإنه يقوم مقام النطق؛ نعم يقع الخلاف في المذهب في فروع حصل فيها دلالة الالتزام أم لا اهـ

هذه قاعدة هل الاستثناء رفع للكفارة أو حل لليمين من أصلها؟ وتقدير قوله: هل يحصل بالثنيا - أي الاستثناء - رفع للكفارة أو حل لليمين من أصلها. ومن فروعها من حلف لا وطئ امرأته واستثنى؛ فقال ابن القاسم: هو مول وله أن يطأ ولا كفارة عليه، وقال أشهب: ليس بمول، اللخمي: وهو أبين اه فقول ابن القاسم هو بناء على أن الاستثناء رافع للكفارة، وقول أشهب بناء على أنه حل لليمين اه وفي خ: "وفيها فيمن حلف بالله لا يطأ واستثنى أنه مول" وحمل على ما إذا روفع ولم تصدقه وأورد لو كفر عنها ولم تصدقه وفرق بشدة المال وبأن الاستثناء يحتمل غير الحل اه. ومن فروعها من حلف واستثنى ثم حلف إنه ما حلف؛ فعلى إنه حل لا يحنت، وعلى إنه رفع للكفارة يحنت اه.

١٣٤ هل شمل مخاطبا خطابه أو منعزل

١٣٥ عليه كالوكيل والوصي والأمر بالتفريق والولي

هذه قاعدة المخاطب - بفتح الطاء - هل يدخل في عموم الخطاب بالذي خوطب به أم لا؟ ولذلك قال أم منعزل أي أم هو منعزل عن نفسه غير داخل في ما خوطب به.

وذلك كالوكيل على بيع سلعة مثلا أو على شراء شيء فإنه لا يجوز له على المشهور أن يبيع ولا يشتري من نفسه ولا ولده ولا يتيمه؛ فإن فعل فالموكل بالخيار بين الرد والإمضاء، وقيل له البيع والشراء ويتولى حينئذ طرفي العقد من كلا الجانبين في البيع والشراء، وقال عبد الملك: إن باع أو اشترى من نفسه من غير محاباة جاز اه وفي خ - عاطفا على ما يمنع - "وبيعه لنفسه ومحجوره" وهذا الخلاف مبني على أن المخاطب هل يدخل تحت الخطاب أم لا؟ والظاهر إن قلنا إنه يدخل فلا يمضي للتعدي.

وأشار بقوله والوصي إلى مسألة اشتراء الوصي من مال يتيمه من عند نفسه هل يجوز أم لا؟ والمشهور المنع؛ وفي خ في تعداد ما يمنع: "ولا الشراء من التركة" وتعقب بالنظر إلا كحمارين قل ثمنهما وتسوق بهما الحضر والسفر.

وبقوله والأمر بالتفريق إلى مسألة المأمور بتفريق مال على جنس كالمساكين وهو من ذلك الجنس هل يأخذ منه أم لا؟

وبقوله والولي إلى مسألة ولي المرأة تآذن له أن ينكحها ممن أحب؛ فينكحها من نفسه هل يقف النكاح على إجازتها أم لا؟ بنى ابن بشير ذلك

على خلاف أهل الأصول هل يدخل المخاطب تحت الخطاب؟ وقد يقال بعدم دخول المخاطب هنا ولو على أن المخاطب يدخل تحت الخطاب؛ لأن القرينة العرفية هنا تخالفه اهـ وقال في خ: " وإن وكلته ممن أحب عين وإلا فلها الإجازة ولو بعد " وفي ضيخ: وإذا فرعنا على المنع فهل له أن يزوجه من من في ولايته كابنه؟ أجراه اللخمي على الخلاف في الوكيل على البيع فيبيع لولده رده ابن القاسم وإن لم يكن فيه محاباة وأجازة سحنون اهـ

١٣٦ وهل يراعى طارئاً أصحها قريبه عليه من ينكحها

١٣٧ عبد أب كمبدل

هذه قاعدة هل تراعى الطوارئ أم لا؟ ثالثها وهو الأصح تراعى القرية فقط، وقوله قريبه أي قريب الطارئ دون بعيده.

وأشار بقوله عبد أب إلى مسألة تزويج العبد ابنة سيده؛ كره مالك ذلك واستثقله؛ وعلل ابن يونس كراهته ذلك بترقب طرو الإرث فيفسخ النكاح وعلله ابن محرز بأنه ليس من مكارم الأخلاق ومؤد إلى التنافر لأن الطباع مجبولة على الأنفة من ذلك.

وبقوله كمبدل إلى مسألة إبدال الناقص الرديء بالكامل الجيد؛ لنفاقه في بعض البلاد أو رخائه في بعض الأزمان، جب: والأزيد الأجود سكة جائز عند ابن القاسم ممتنع عند مالك وهو مشكل؛ وعلل بأن السكك يختلف نفاقها؛ فيمنع كما يمنع القمح عن الشعير قبل الأجل في القرض اهـ، ضيخ: يعني أن ابن القاسم أجاز بدل الأوزن الأجود سكة كضرب ملك الوقت لتمحض الفضل من جهة؛ ومنعه مالك وربيعه؛ واستشكل لانحصار الفضل، وأجاب أبو الطيب ابن خلدون بأن السكك تختلف فيها أغراض الناس بحسب البلدان والأزمان؛ فربما كان الأدنى في بلد أو في زمان أنفق فلا يتمحض الفضل، وقاس جب ذلك على منع اقتضاء القمح عن الشعير قبل الأجل في القرض وإن كان القمح أفضل لأن الشعير قد يرغب فيه في وقت أو بلد، وعللها القابسي بأن الأصل منع التفاضل بين الذهبين؛ فخص الإجماع بدل الناقص بالوزان من سكة واحدة؛ وبقي ما سواه على الأصل؛ وفي خ: "والأجود أنقص أو أجود سكة ممتنع وإجاز".

ومما ينبني على القاعدة أيضاً توقع عدم المناجزة في اجتماع البيع والصرف حذراً من الاستحقاق الناقص للصرف؛ واقتضاء المحمولة من السمراء لارتفاعها في وقت الزراعة، والمانع في الأول ابن القاسم إلا أنه

يجوز في اليسير والمجوز أشهب، جب : والبيع والصراف ممتنع خلافا
لأشهب إلا في اليسير، وفي خ - عاطفا على ما يمتنع -: "وبيع وصراف"
الخ وستأتي الأشياء التي لا تجتمع مع البيع في قاعدة هل يتعدد العقد بتعدد
المعقود عليه أم لا؟.

١٣٧ هل يعتبر خال من المعنى نعم قد اشتهر

١٣٨ في العبد والسيد في الربا ولا في ذهب مستهلك قد قبل

هذه قاعدة هل تعتبر الصورة الخالية من المعنى أم لا؟
والمشهور في العبد والسيد في الربا بينهما كما تقدم؛ وأجاز ابن وهب الربا
بينهما نظرا إلى عدم اعتبارها.
وأشار بقوله ولا في ذهب الخ إلى أنه قد اشتهر نفي الاعتبار في ذهب
مستهلك في ثياب بحيث لو أحرقت لم يخرج منها شيء؛ جب: والثوب الذي
لو سبك خرج منه عين كالمحلى وإن لم يخرج فقولان؛ ضيغ: أي وإن
يخرج كالزريفت فلأشياخ قولان بناء على استهلاكه وقيام صورته اهـ
وشهر المقرري وصاحب إيضاح المسالك المنع وهو يبنى على اعتبار
الصورة؛ وفي خ: "وجاز محلى وإن ثوبا يخرج منه عين إن سبك بأحد
النقدين إن أبيحت أو سمرت".

فصل في قواعد البيع وما في معناه كالصلح وبعض مسائل الكراء
وما يتعلق بذلك كالرهن والحميل:

١٣٩ العقد قط أو مع قبض بيع بعوض وقبل قبض ريع

١٤٠ أنكره الإمام

هذه قاعدة هل البيع هو العقد فقط أو العقد والتقابض معا عن تعاوض؟ قوله وقبل قبض الخ: قبل مبني على الضم مقطوع وقبض وريع مبتدأ وخبر؛ أي وعلى القول المتقدم ذكر قبض زيادة؛ والريع الزيادة؛ وفي نسخة وذكر قبض ريع، وأنكر الإمام المازري القول الثاني؛ قال: ويعد أن يعتقد أحد من أهل المذهب أن حقيقة البيع العقد هو التقابض عن تعاوض .

ويبنى على هذه القاعدة ضمان ما في المعيار بعد التقدير وقبل مضي التمكن أهو من البائع أو من المشتري؟ قولان لجب: والقبض في المكيل بالكيل وفي الموزون بالوزن وفي المعدود بالعد؛ وفي اعتبار قدر المناولة قولان، ضيخ: أي إذا وزن أو كال أو عد فهل ينتقل بمجرد ذلك؟ بحيث لو تلف حينئذ كان ضمانه من المشتري؛ أو لا بد من اعتبار قدر المناولة قولان؛ وزاد المازري ثالثا إن كان المشتري هو متولي الكيل بنفسه فالضمان منه، وتبع ابن رشد في البيان إن تولى البائع أو أجيره الكيل ثم سقط المكيال من يد البائع قبل أن يضعه في وعاء المشتري فلا خلاف أن ضمانه من البائع؛ وإنما الخلاف إذا تولى ذلك المشتري أو أجيره، فروى يحيى عن ابن القاسم: مصيبته من البائع؛ ورواه أشهب عن مالك، وقال سحنون في نوازل: إن مصيبته من المبتاع وسواء كان الكيل من البائع أو المبتاع إلا أن يكون المكيال هو الذي ينصرف به المبتاع إلى منزله ليس له إناء غيره فيكون ضمان ما فيه منه إذا امتلأ كان للمشتري أو للبائع واستعاره منه المشتري، قاله ابن وهب في رواية ابن أبي جعفر عنه اهـ وفي خ: " وضمن بائع مكيلا لقبضه بكيل كموزون ومعدود والأجرة عليه، بخلاف الإقالة والتولية والشركة على الأرجح؛ فكالقرض واستمر بمعياره ولو تولاه المشتري " فقله: واستمر بمعياره راجع إلى قوله: وضمن بائع مكيلا لقبضه .

ويبنى عليها من غصب شيئا ثم باعه وقبض ثمنه ثم افتقر وقد أجاز المستحق البيع؛ فعلى أن البيع التعاقد والتقابض معا لا يكون له على المبتاع ثمن لإجازته إياه؛ وعلى أن البيع التعاقد فقط فقد أجاز البيع دون القبض؛ فله أن يأخذ من المبتاع الثمن ثانية.

١٤٠ . . . هل يعدد عقد بمعقود له تعدد
١٤١ كالحل مع حرم بصفقة جمع والبيع مع شقص مجنس سمع

هذه قاعدة هل يتعدد العقد بتعدد المعقود عليه أم لا؟
ومثل لها بالصفقة إذا جمعت حلالا وحراما هل تجوز؟ - نظرا إلى تعدد
العقد بتعدد المعقود عليه - أم لا؟ نظرا إلى الاتحاد وهو المشهور ومذهب
المدونة؛ وفي خ في شروط البيع: "وعدم حرمة ولو لبعضه"، وحصل
بعض المشايخ في المسألة تسعة أقوال ذكرها ولد صاحب إيضاح المسالك
في نظمه لكتاب والده فقال:

بالعقد حلا وحراما جمعا	منه وفيه الخلف جمعا جمعا
فسخ الحرام فسخ كل شهرا	هذا ويتبع الأقل الأكثرا
إن علما بالفسخ فالفسخ بدا	أو لا فيفسخ الحرام مفردا
إن لم يصح ملكه فعمم	فسخا وإن صح فكالقدم
إن سميا لكل جزء ثمننا	فالقول الأول وإلا ما ثنا
إن يتعدد مالك فالأول	أو يتحد فالانفساخ يشمل
إن كان قسط الحل بدءا يعلم	فالمبتدا أولا ففسخا عمموا
ما فسخه لله فالثاني وما	لحق مخلوق فما تقدا

قال المقرئ: والثامن هو التحقيق؛ قال: وإن كان منافي الحلال معلوما صح
القول بالجواز وإلا امتنع لأنه انعقد على غرر كجمع الرجلين سلعتهما اهـ.
وأشار بقوله: والبيع مع شقص مجنس سمع بخفض البيع عطفًا على الحل،
وفي نسخة جنس مشقص أي سمع بناء جمع البيع مع أحد هذه العقود التي
رمز لها بالأحرف المجموعة: فالشين للشركة؛ والقاف للقراض؛ والصاد
للصرف؛ والميم للمساقاة؛ والجيم للجعل؛ والنون للنكاح؛ والسين للسلف
على هذا الأصل؛ فهل تجوز مقارنة هذه العقود للبيع أم لا؟ ابن عاصم:

وجمع بيع مع شركة ومع	صرف وجعل ونكاح امتنع
ومع مساقاة ومع قراض	وأشهب عنه الجواز ماض

وأما السلف فالمنع فيه باتفاق العلماء؛ فلا يجمع مع بيع ولا غيره من عقود المعاوضة؛ ويمتنع أيضا اجتماع الإقالة من الطعام مع البيع والمغارسة مع البيع اهـ وقال البرزلي وأبو الحسن الصغير: المغارسة داخلة في الجعل؛ وأجاز سحنون اجتماعهما مع البيع ولا يلزم منه جوازه في الجعل لأن المغارسة تلزم بالعقد بخلاف الجعل اهـ

١٤٢ هل تبطل الصفقة بالفساد من جهة قط كصرف باد

١٤٣ وبيع ذمي وعتق

هذه قاعدة هل يفسد البيع إذا انفرد أحد المتبايعين بالفساد أم لا يفسده ذلك؟ وأشار بقوله: كصرف بادي إلى تسلف أحد المتصارفين ولم يطل الزمن؛ وهي المسألة الملقبة بالصرف على الذمة فهل يجوز الصرف أو يمتنع بذلك؟ قولان لابن القاسم وأشهب، قال ابن بشير: وأما الصرف على الذمة فإذا اصطرف اثنان وليس معهما ما اصطرفا عليه فتسلف كل واحد منهما من الآخر ففيه قولان: أجازة ابن القاسم ومنعه أشهب ورآه كالأول.

والفرق بين المسألتين على قول ابن القاسم أن تسلفهما يقتضي علمهما جميعا بالفساد؛ وتسلف أحدهما يقتضي انفرد أحدهما بعلم ذلك وينبئ على أن الآخر ظن أن ما صارف عليه عنده؛ وفي المذهب قولان في علم أحد المتبايعين بالفساد هل يقتضي المنع أم لا؟ أو يفرق بأن تسلف أحدهما يمكن أن يقصد به فساد الصرف مع عقده أولا على شيء في يديه ثم تسلف ندما ليفسد الصرف فلا يصدق الآخر عليه ويقابله بنقيض قصده؛ وهذا يمكن أن تظهر قرينة الحال أنه لم يقصد فيتفق على الفساد؛ ويفرق بأن تسلفهما يقتضي وقوع الصرف على غير معين من العين وإذا وقع ذلك لم يجب انتقاض الصرف بوجود الزيوف بل يجب البطلان؛ فلهذا لا يجوز الصرف إلا أن يعينا ما يصطرفان عليه، قال ابن محرز: هذا الفرق مردود لأنه يلزم على تسلف أحدهما وهو أن تسلفهما معا يكثر به التأخير وتسلف أحدهما يقل به التأخير ومتى قل خف أمره ومتى كثر بطل الصرف اهـ وهذا الفرق هو الصواب، وفي خ في تعداد مبطلات الصرف: "أو غاب نقد أحدهما واطال" اهـ

وأجرى المازري على هذا الأصل جمع الرجلين سلعتهما في البيع إذا لم يعلم المشتري، التونسي: الخلاف في هذه المسألة إنما هو إذا علم المشتري بذلك وأما إذا لم يعلم وظن أنهما شركاء في السلعتين جميعا فإنه لا يفسخ البيع لأن الفساد من جهة أحد المتبايعين لا من جهتهما اهـ وقال المازري:

إذا لم يعلم المشتري يجري ذلك على الخلاف في علم أحد المتبايعين بالفساد اهـ وأطلق خ إذ قال: "وجهل بمثمون أو ثمن ولو تفصيلا كعبدى رجلين بكذا" اهـ

وأشار بقوله: وبيع ذمي إلى مسألة بيع الذمي طعاما قبل قبضه من مسلم، قال المواق - بعد قول خ: " وهل إن عجل العتق تأويلان " - انظر هنا أيضا منع الذمي من بيع الطعام قبل أن يستوفيه من مسلم اهـ وبقوله: وعتق إلى مسألة من قال لعبد إن اشتريتك أو ملكتك فأنت حر فإنه يعتق عليه جميعه إن اشتراه أو بعضه وقوم عليه نصيب شريكه، اللخمي: لو علم البائع يمينه لم يجز لجهل قيمة النصيب؛ يعني لأنه باع نصيبه بعين أو عرض على أن يأخذ المبتاع قيمة مجهولة اهـ.

١٤٣ هل ورد الحكم بين بين كونه اعتقد

١٤٤ كالبيع مع شرط يصح وبطل وحكم زنديق وشبهه نقل

هذه قاعدة هل ورد حكم بين حكمين؟

وقوله اعتقد فعل أمر أي اعتقد وجود حكم بين حكمين واعتقد كونه واضعا؛ أو فعل ماض مبني للمفعول؛ وكونه على الأول مفعول مقدم وعلى الثاني مبتدأ.

وذلك مثل اجتماع البيع مع الشرط حيث يصح البيع ويبطل الشرط؛ وهو معنى قوله يصح وبطل الخ أي يصح البيع ويبطل الشرط؛ وذلك في ست مسائل قال فيها مالك بصحة البيع وبطلان الشرط: منها من اكرى أرضا وزرعه أخضر على أن لا زكاة على البائع. ومنها أن لا مواضعة على البائع. ومنها أن لا عهدة عليه. ومنها أن المبتاع إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا فلا بيع بيننا. ومنها أنه إذا اشترى الثمرة على أن لا قيام له بجائحة. ومنها إذا اشترى المشتري ما لا غرض له فيه ولا مالية فإنه يلغى اهـ وأشار لها في خ بقوله: " والعبد ثياب مهنته وهل يوفى شرط عدمها وهو الأظهر أو لا كمشترط زكاة ما لم يطب وأن لا عهدة ولا مواضعة ولا جائحة أو إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا فلا بيع أو ما لا غرض فيه ولا مالية وصح تردد " اهـ ؛ فإن الحكم في هذه النظائر ورد بين حكمين لأنه حكم ببطلانها وصحتها مع أن العقد واحد.

واحترز بقوله حيث يصح وبطل مما إذا حكم ببطلان البيع والشرط معا؛ وإليه أشار خ في البيوع الفاسدة بقوله: "وكبيع وشرط يناقض المقصود كأن لا يبيع" وبقوله: "أو يخل بثمن كبيع وسلف". واحترز أيضا مما إذا

حكم بصحة البيع والشرط؛ وإليه أشار خ بقوله - مشبها في الجواز - :
"كشروط رهن وحميل وأجل" .

وأشار بقوله وحكم زنديق إلى قتل الزنديق وميراثه؛ فقتله مبني على ما
أبطن من الكفر فله في ذلك حكم المرتد؛ غير أنه إذا ظهر عليه نقتله ولا
نقبل توبته لأنها لا تعرف، وميراثه مبني على ما أظهر من الإيمان فكان
لورثته لا لبيت المال، فلم يتخلص له حكم الإيمان ولا حكم الكفر؛ وذلك لا
شك حكم بين حكيمين؛ هذا على رواية ابن القاسم .

وقوله الذي يوجب ماله لو ارثه خلافا لرواية ابن نافع في منع وارثه من
إرثه، وعليها فقد تمحض له حكم الكفر، والأول هو المشهور وعليه مشى
خ إذ قال في باب الردة: "وقتل المستسر بلا استتابة إلا أن يجيء تائبا وماله
لورثته" .

وقوله وشبهه نقل إشارة إلى مسألة مراعاة الخلاف وقد مر ما فيها، وحديث
ولد أمة زمعة الذي تخاصم فيه سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة رضي
الله عنهما فقال صلى الله عليه وسلم: ((الولد للفراش وللعاهر الحجر
واحتجبي منه يا سودة)) .

١٤٥ هل نظر إلى الجزاف قبض

وهذه قاعدة هل النظر إلى الجزاف قبض أم لا؟
ومن فروعها الخلاف في بيع الطعام الجزاف قبل قبضه حسا؛ والأصح
عند جب الجواز وعليه مشى خ؛ ودليله أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن
يبيع أحد طعاما اشتراه بكيل حتى يستوفيه اهـ ومفهومه يقتضي جواز
الجزاف لأنه لم يشتر بكيل اهـ وروى الوقار عن مالك المنع؛ ووجهه ما في
مسلم عن ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم قال: ((من اشترى طعاما فلا
يبعه حتى يستوفيه - قال: وكنا نشترى الطعام من الركبان جزافا فنهانا
رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه)) ولعله أظهر
لأنه كالنص في الباب اهـ

١٤٥ هل رد ما بيع بعيب نقض

١٤٦ أم بابتياح فزكاة ويمين بيع شرا الذمي خلع يستبين

١٤٧ وأمة جعل ضمان وفلس وشبهها قد بنيت على الأسس

هذه قاعدة هل الرد بعيب نقض للبيع من أصله أو كابتداء بيع؟

قوله فزكاة وما عطف عليه مبتدأ وخبره قد بنيت على الأسس؛ وهو بفتح
الهمزة والسين مقصور من الأساس وهو الأصل أي على هذه القاعدة؛
فأشار بزكاة إلى مسألة الماشية ترد بعيب هل يبني ربهما على ما تقدم بناء
على أنه نقض للبيع من أصله أو يستقبل بها من يوم الرد بناء على أنه ابتداء
بيع؟ في ذلك قولان؛ المنصوص الأول واقتصر عليه خ إذ قال: "وبنى في
راجعة بعيب". قال ابن يونس: وعلى أن الرد بالعيب بيع حادث يجب أن
يستقبل به حولاً.

وبقوله يمين إلى من حلف بعق عبده إن كلم فلانا ثم كلمه ثم رد عليه
بعيب؛ هل يحنث بالكلام الواقع منه قبل أن يرد عليه أم لا؟ قولان.

وبقوله بيع شرا الذمي إلى فرعين: الأول من باع سلعة من أهل الذمة في
غير قطره ثم ردت عليه بعيب فهل يعطى العشر أم لا؟ قولان، والثاني من
اشترى عبداً كافراً من كافر ثم أسلم العبد فاطلع على عيب فيه؛ هل يكون
لمشتريه الرد على بئعه الكافر أم لا؟ قولان: الأول لابن القاسم والثاني
لأشهب؛ جب: في رده عليه بعيب أو الإرش قولان بناء على أنه فسخ أو
ابتداء، ضيغ: فإن قلنا إنه فسخ جاز رده؛ واختار ابن حبيب قول أشهب
وابن الماجشون الرد ابتداءً ببيع؛ واقتصر في خ على قول ابن القاسم إذ قال:
"وجاز رده عليه بعيب" اهـ؛ فقول الناظم ببيع بحذف التنوين للمضاف
المقدر أي وبيع الذمي وشراء الذمي، فالذمي بائع في كل من الفرعين؛ أو
الشراء هنا بمعنى البيع فلا تقدير.

وبقوله خلع يستبين إلى مسألة من خالع زوجته ثم تبين أن به عيب خيار؛
فهل لها الرجوع عليه بما أخذه أم لا؟ قولان مشهورهما الأول وهو مذهب
المدونة وعليه اقتصر خ إذ قال - عاطفاً على ما فيه الرد للعوض -: "أو
لعيب خيار به"؛ والثاني لابن المواز. وأما لو كان العيب الموجب للخيار
بالمرأة فلا رد للزوج لأن له أن يقيم معها على النكاح كما في المدونة.

وبقوله وأمة إلى مسألة اشتراء أمة على المواضعة ثم ردها بعيب بعد
خروجها من المواضعة؛ هل يجب على المشتري أيضاً مواضعتها كما
وجب له ذلك على البائع أم لا؟ في خ مشبهاً بما لا مواضعة فيه:
"كالمردودة بعيب أو فساد أو إقالة إن لم يرغب المشتري" اهـ.

وأشار أيضاً بمسألة من أوصى بخيار أمة في عتقها أو بيعها فاختارت البيع
فبيعت ثم ردت بعيب فأرادت الرجوع للعتق هل لها ذلك أم لا؟ قولان:
الأول لابن وهب والثاني لغيره.

وبقوله جعل إلى مسألة رد السمسار الجعل في المرذودة بعيب هل يجب
عليه أم لا؟ في ذلك قولان؛ فعلى أن الرد بالعيب نقض للبيع من أصله يرد

وهو مذهب المدونة؛ وعلى أنه بيع ونقض الآن لا يردده، وقيد ابن اللباد مذهب المدونة بأن البائع لم يدلس؛ وأما إن دلس فلا يرد السمسار الفعل لأن البائع دخل عليه مع علمه بأن المبيع قد يرجع إليه؛ وزاد القابسي فقال: ولم يعلم السمسار بتدليسه؛ وأما إن علم فله أجر مثله، وقال ابن يونس: ينبغي أن يكون له أجر مثله لأن رب السلعة قال له دلس فإن تم البيع فلك كذا وإلا فلا شيء لك وهو غرر، وزاد ابن سحنون قيدا فقال: يشترط أن يكون الرد بقضاء قاض آخر لا تبرعا.

وبقوله ضمان إلى مسألة ما إذا رد المشتري المعيب بحكم أو بغيره فتلف قبل قبض البائع له؛ فهل ضمانه من البائع أو من المشتري؟ قولان ثالثهما إن حكم به حاكم فمن البائع بناء على أن الرد نقض للبيع من أصله؛ أو بيع ونقض الآن فعلى المشتري، وفي خ في مسألة الجعل: "وفرق بين مدلس وغيره إن نقص كهلاكه بالتدليس وأخذه منه بأكثر وتبرء مما لم يعلم ورد سمسار جعلاً ومبيع لمحلله إن رد بعيب وإلا رد إن قرب" وقال في مسألة الضمان: "ودخلت في ضمان البائع إن رضي بالقبض أو بثبوت العيب عند القاضي" وهذا هو أحد الأقوال الأربعة كما في البيان.

وبقوله وفلس إلى مسألة ما إذا حاص البائع الغرماء في الفلس لفوات السلعة ثم ردت بعيب؛ فهل له رد المحاصة وأخذها؟ وهو قول ابن القاسم في العتبية وعليه مر في خ إذ قال: "ونقض المحاصة إن ردت بعيب" أو ليس له ذلك واختاره اللخمي وأخذه هو والمازري من قول ابن حبيب.

وقوله وشبهها يدخل فروعا منها: إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فباعه قبل العلم ورضى المشتري بذلك؛ فهل له الرجوع بأرش عيب النكاح أم لا؟ وفي ضيح: ولو رضى المشتري بعيب النكاح ثم اطلع على عيب قديم فله أن يرد بما اطلع عليه؛ وهل يرد إرش عيب النكاح لأنه بإقراره ثبت فيصير كأنه فعله؟ أو عليه أو ليس عليه ذلك وليس الإقرار كالاتداء؟ حكى ابن بشير عن المتأخرين في ذلك قولين؛ وخرجهما أبو بكر بن عبد الرحمن على الخلاف في الرد بالعيب هل هو فسخ له من أصله أم لا؟ ولم يذكر المسألة في خ.

ومنها من وجد عبدا اشتراه معيبا وحدث عنده فيه عيب آخر؛ فإنه يخير بين أن يرجع بقيمة العيب القديم أو يردده ويرد ما نقصه الحادث عنده إلا أن يرضى البائع بأخذه معيبا أو يرد جميع الثمن ولا يرجع على المبتاع بالعيب الحادث عنده بشيء فذلك له؛ إلا أن يرضى المبتاع بالتماسك به معيبا بجميع الثمن فذلك له اهـ بعض الشيوخ: لا يخير حتى يقوم فتعرف قيمة العيب القديم وقيمة الحادث ليلا يدخل على أمر مجهول لا يعرف مقداره،

وهذا إنما هو على القول بأن الرد بالعيب ابتداءً ببيع؛ وأما على القول بأنه نقض ببيع فلا يحتاج إلى هذا.

- ١٤٨ تنبيه القول ببيع انتقد بعهدة وشفعة رضى فقد
١٤٩ وفرق الإمام بين البيع والرد بالعيب بجبر الشرع
١٥٠ والقول بالنقض بعق نقضا وغلة فانظر إذا ما اعترضنا

نبه على أن كلا من القولين في الرد بالعيب انتقد عليه أي اعترض عليه؛ فالقول بأن الرد بالعيب ابتداءً ببيع بأنه لو كان كذلك لوجب الشفعة للشريك إذا رد المشتري بالعيب والعهد في رد به؛ ولا يجب الجميع باتفاق ولو كان كذلك لتوقف على رضى البائع ولا قائل بذلك، وأجاب الإمام المازري بالفرق بينه وبين البيع فقال: الرد بالعيب بيع أو جبه الشرع بغير اختيار من رجع إليه المبيع فخرج من العقود الاختيارية المقصود فيها المكايسة اهـ والقول بأن الرد نقض للبيع من أصله فكأنه لم يخرج عن ملك البائع، وانتقد عليه أيضا اتفاقهم على أنه كابتداء ببيع فيمن ابتاع أمة مثلا بعبد فأعتق الأمة ثم رد العبد بعيب؛ لأنه لا يكون له نقض البيع وإنما له قيمة الأمة، واعترض عليه أيضا بتطابق فقهاء الأمصار كأبي حنيفة ومالك والشافعي وغيرهم على أنه لا يرد الغلة، قال ابن الجهم: إذا أجر العبد بإجارة كثيرة أو زوج الأمة بصداق كثير أو قليل ثم رد بالعيب فإنه لا يرد ما أخذ من إجارة أو صداق؛ قال: ولا خلاف بين الناس في هذا، وقال ابن داود: لم يخالف في هذا إلا شريح وعبد الله بن الحسن العنبري اهـ

- ١٥١ وهل يد الوكيل كالموكل وهل كما قد حل ما للأجل
١٥٢ فالأول الصرف له والثاني فيه وفي زكاة الدينان

هاتان قاعدتان: الأولى هل يد الوكيل كيد موكله أم لا؟ والثانية: ما في الذمة هل هو كالحال أم لا؟ .

فالأولى لها من الفروع الصرف؛ والثانية لها الصرف وزكاة الدينان كذلك؛ فالدينان مبتدأ خبره محذوف أو هو مخفوض عطفًا على ما قبله على لغة التزام الألف في المثني؛ أو الدينان مبتدأ وفي زكاة خبره؛ أي وفي الزكاة دينان قد بنيا على هذا الأصل.

فأشار بالصرف إلى مسألة الوكالة على قبض الصرف ويذهب الموكل أي عقد الصرف ووكل أحدهما ثالثا على قبض ما وجب له وغاب فهل يصح الصرف أم لا؟ قولان مشهورهما المنع نص عليه أشهب، ومشى عليه خ إذ قال في عد ما يمنع من صحة الصرف: " أو عقدا ووكل في القبض " جب: ولو وكل في القبض وغاب فالمشهور المنع اهـ وحمل اللخمي ما وقع في المذهب من المنع على الكراهة.

وبقوله والثاني فيه أي الأصل الثاني بمعنى القاعدة الثانية فيه الصرف أيضا؛ يريد مسألة صرف الدين المؤجل هل هو كالصرف الحال أم لا؟ قولان مشهورهما الثاني، جب: والصرف بالدين المؤجل المشهور فيه المنع، ضيخ: بناء على أن المعجل لما في الذمة يعد مسلفا وإذا حل الأجل يقتضي من نفسه فلم يحصل التناجز؛ وعلى الشاذ بالبراءة يجوز الصرف هنا اهـ وفي خ في عد ممنوعات الصرف: " أو بدين إن تأجل وإن من أحدهما " .

وبقوله وفي زكاة إلى زكاة الدين المؤجل هل هو بالقيمة أو بالعدد؟ قولان مشهورهما الأول؛ واعتمده خ في قوله: " ودينه النقد الحال المرجو وإلا قومه " اهـ أي فالنقد الحال المرجو يزكى عدده وغير النقد والمؤجل يزكى قيمته.

وبقوله الدينان إلى مسألة من له دين وعليه دين هل يجعل ما عليه في عدد ماله فيزكى ما بيده من العين أو يجعله في قيمته؟ قولان مشهورهما الأول؛ وفيه يقول في خ: " أو عدد دين حل " والثاني لسحنون. وأشار أيضا إلى مسألة ما إذا أخذ شقفا عن دين فهل الشفعة فيه بالقيمة أو بالعدد؟ قولان: الأول سحنون رأى أن ما في الذمة من الدراهم كالعروض؛ والثاني مذهب المدونة أنه يشفع ويأخذ الشقص بمثل الدين عددا؛ ثالثها لأشهب الفرق: فإن كان الدين عينا أخذه بمثله وإن كان عرضا أخذه بقيمته، محمد: وهو غلط، وفي خ: " بمثل الثمن ولو ديننا " فمشى على مذهب المدونة.

١٥٣ وهل كما عدم حسا ما عدم معنى كدرهم الرصاص لا نعم

هذه قاعدة هل المعدوم معنى كالمعدوم حقيقة وحسا أم لا؟ قولان؛ قيل في ذلك لا وقيل فيه نعم.

كمن وجد في الصرف رصاصا أو نحاسا هل له الرضى به فيكون كالزائف أو يكون كالعديم فيفسخ الصرف لتأخير البعض؟ قولان للمتأخرين؛ جب: ونقص الصفة إن كان كالرصاص فكالمقدار على الأظهر؛ أي فإن رضي

به أو بإتمامه ناجزا صح الصرف اه ووجه الأظهر أن وجود هذا كعدمه؛ ورأى مقابله أن هنا مقبوضا وكونه لا قيمة له لا يضر كما في المغشوش اه وفي خ - مارا على الأظهر :- "وإن رضي بالحضرة بنقص وزن أو بكرصاص أو بتمامه أو مغشوش مطلقا صح" اه.

وكذلك من وجد رأس مال السلم بعد شهر نحاسا أو رصاصا فهل يصح بالبدل أم لا؟ وفي ضيخ: فإن حصل قبل رأس المال حسا ولم يحصل معنى كما لو اطلع المسلم إليه على بعض الدراهم ناقصا أو زائفا؛ ابن شعبان: إذا جاءه درهم ناقص أو زائف فاعترف الآخر أنه ينتقض من السلم بقدره، ولا شك أن باب السلم أخف من الصرف؛ فكلما جاز في الصرف يجوز في السلم من باب أولى، والمشهور هو مذهب المدونة جواز البدل وتأخير اليومين والثلاثة؛ وفسر سحنون ما في المدونة بأن الدراهم منقوصة أو زيوف ولو كانت نحاسا أو رصاصا لم يحل أخذها ولا التبائع بها، أبو عمران: وهو ظاهر خلاف ما في المدونة اه، وفي خ - عاطفا على ما يجوز :- "ورد زائف" المواق: قال ابن القاسم: وإذا أصاب المسلم إليه رأس المال نحاسا أو رصاصا بعد شهر أو شهرين فله البدل ولا ينقض السلم اه.

١٥٤ وهل لما ندر حكم ما غلب أم حكم نفس كالفلوس والرطب

١٥٥ وكسلحفاة وقوت ندرا كذا مخالط ونحو ذكرا

هذه قاعدة هل تعطى النوادير عن الأصول حكم نفسها أو حكم غالبها؟ كالفلوس أجرى فيها ابن بشير الربا على القاعدة: أن علة الربا في النقيدين كونهما أثمان المبيعات وقيمة المتلفات فألحق بهما الفلوس، أما من رأى أنه شرع غير معلل عين العلة منع لحوق الفلوس بهما، قال ابن بشير: هذا غير صحيح للإجماع أنه معلل؛ وإنما اختلفوا في عين العلة؛ وإنما الخلاف في الفلوس الصور النادرة هل تراعى أم لا؟ فمن رعاها ألحق الفلوس بالعين ومن لا فلا، ويمكن أن يتخرج الخلاف فيها على اختلاف العوائد فيحمل الجواز حيث لا يتعامل بها والمنع على عكسه اه، ضيخ: اختلف في العلة في الذهب والفضة فليل مطلق الثمنية من غير تقييد بالغلبة وعليه فيدخل الربا في الفلوس، وقيل الغلبة في الثمنية أي كونها أصول الأثمان غالبا فلا يدخل الفلوس اه.

وأشار بقوله والرطب إلى مسألة الرطب الذي لا يثمر والعنب الذي يزرع فإن الاقتيات فيهما نادر والادخار في غالبهما موجود، ولذلك قال الناظم وقوت ندرا فهو راجع إلى ما قبله؛ فهل يدخل فيهما الربا أم لا؟ في جب في

عد ما اختلف في دخول الربا فيه: وكالعنب الذي لا يزيب والرطب الذي لا يتمر لأنه يدخر غالبه ولا يدخر هو اهـ

وأشار بقوله وكسلفاة إلى ذكاة السلفاة ونحوها مما يعيش في البر من ذوات البحر هل تجب فيها أم لا؟ وفي خ - مارا على أنه لا يحتاج إلى ذكاة -: "والبحري ولو طالت حياته ببر" اهـ كالضفدع والسلفاة والسرطان؛ وسمع القرينان ترس الماء يقيم حيا حتى يذبح؛ قال: هو من صيد البحر إنما يذبحونه لاستعجال موته ولا أكره ذبحه لذلك.

وأشار بقوله: كذا مخالط إلى مسألة مخالطة الماء؛ قال المقرئ: اختلف المالكية في حكم النادر هل يعطى حكم نفسه أو إلحاقه بالغالب؟ كعدم الانفكاك عما يختص ببعض المخالطات قيل يؤثر فيما يختص به لأنه يعم وقيل لا يؤثر لعدم انفكاكه عنه.

وبقوله ونحو ذكرنا إلى نحو تلك الفروع؛ قال المقرئ في تمام هذه القاعدة: وكذا العذر يذكر الصلاة المنسية لمقدارها قيل تسقط بها عنه الحاضرة وقيل لا، وكالمصلي إلى غير القبلة وهو من المعرفة بحيث يتصور رجوعه إلى يقين لأن أحكام الشرع لم تبين على مثله اهـ.

١٥٦ هل المراعى ما بذمة علم أو موجب الحكم كدينار قسم

١٥٧ ليقضى منجما أو قدما جميعه على الذي قد نجما

هذه قاعدة هل المراعى ما ترتب في الذمة وهو ما سماه المتصارفان أو المراعى ما يوجب الحكم؟

فأشار بقوله كدينار قسم إلى مسألة من استسلف من آخر نصف دينار فدفع إليه دينارا على أن يرد له نصفه ولم يأمره بصرفه بل سكت؛ فهل المعتبر صرف يوم السلف أو يوم القضاء؟

وبقوله أو قدما جميعه إلى مسألة من ثبت له في ذمة آخر دينار هل يأخذ لبعضه ورقا أم لا؟ قال المقرئ: قاعدة اختلفوا في جزء الدينار هل هو دراهم في الحال اعتبارا بالمال أو ذهب إلى يوم القضاء فيصير درهما لانتفاء الجزء وامتناع الكسر؟ وكذلك جزء الدرهم هل هو فضة أو فلوس؟ فإذا استسلف منه نصف دينار فدفع إليه دينارا على أن يرد له نصفه ولم يأمره بصرفه بل سكت؛ فإن قلنا بالأول فصرف يوم السلف، وإن قلنا بالثاني فصرف يوم القضاء، وإذا ثبت له في ذمة آخر دينار هل يأخذ لبعضه ورقا أم لا؟ إن قلنا أن الباقي يكون ذهباً جاز وهو المشهور، وإن قلنا فضة امتنع وصار كأنه صرف الجميع وانتقد البعض اهـ.

فقول الناظم: قسم أي قسم بين الاقتضاء والرد؛ وهو الذي أراد بقوله منجما أي موزعا بين الاقتضاء والرد المؤجل فهو تأكيد لما قبله، وتنجيم المال في اللغة تأديته نجوما، ولو قال موزعا عوض منجما لكان أحسن. وقوله على الذي قد نجما أي على الذي قد قسط وبعض من صرفه اهـ.

ومن هذه القاعدة من باع سلعة بدينار إلا سدسا أو نحوه فهل يجوز ذلك أم لا؟ قولان، جب: فإن استثنى دراهم من دنانير فتألفها يجوز في النقد، فإن استثنى جزءا جاز مطلقا، وقيل كالدراهم بناء على أن جزء الدينار ذهب إلى القضاء أو ورق، ضيح: المشهور أنه يجوز مطلقا بالنقد والأجل على أن جزء الدينار في القضاء عليه به ذهب فليقاصه، والقول الثاني لا يجوز في هذه الصورة إلا ما جاز في مسألة الدراهم؛ بناء على أن جزءا من الدينار ورق أي لا يقضي القاضي عليه عند المشاجرة إلا بالورق.

- ١٥٨ مَبْقَى أَوْ مَبِيعِ الْمَسْتَثْنَى كَبِيعِ كَالدَّارِ وَثْنِيَا السَّكْنَى
١٥٩ وَبِيعِ مَرْكُوبٍ وَثْنِيَا الْإِنْتِفَاعِ أَيْضَمِنُ الْبَائِعُ أَمْ ذُو الْإِبْتِيعِ
١٦٠ لِمَالِكٍ وَأَصْبَغٍ وَاسْتَشْكَلَا هَذَا ابْنُ مَحْرَزٍ وَذَاكَ قَبْلَا
١٦١ وَشَجَرٍ وَثَمَرٍ مَوْتٍ حَصَلَ فِيمَا تَعِينُ بِهِ

هذه قاعدة هل المستثنى مبقى على ملك البائع أو مبيع؟ وذلك مثل بيع الدار وما شابهها - فالكاف في كالدَّارِ اسمية بمعنى مثل - واستثناء السكنى فيها سنة فانهدمت الدار في خلال السنة فهل على المبتاع ضمان ما بقي بناء على أنه مشتري أو على البائع بناء على أنه مبقى؟ قولان لمالك وأصبغ؛ فمالك يقول بضمان البائع وأصبغ يقول بضمان المشتري.

وأشار بقوله وبيع مركوب وثنيا الانتفاع إلى مسألة من باع دابة واستثنى ركوبها اليوم واليومين فهلكت الدابة في خلال المدة؛ فهل ضمان ما بقي من الركوب من البائع بناء على أن المستثنى مبقى أو على المبتاع بناء على أنه مشتري؟ قولان لمالك وأصبغ على الترتيب، واستشكل أبو القاسم بن محرز قول أصبغ وقيل قول مالك.

وأشار بقوله وشجر - بالخفض عطفًا على ما قبله من المثالين - إلى مسألة من باع شجرا واستثنى ثمرها هل يمنع من بيع المستثنى قبل قبضه أم لا؟ قولان لمالك؛ واختار ابن عبد الحكم والأبهرى الجواز، ولا ضمان هنا على

المشتري اتفاقاً؛ وإنما الخلاف هنا مبني على الخلاف في المستثنى هل هو مشتري أو مبقى اهـ.

وبقوله وثمر إلى مسألة من استثنى من الثمرة كيلاً فأجيب بما يعتبر هل يوضع من المستثنى بقدره أو لا؟ قولان لمالك، جب: ومن استثنى من الثمرة مكيلاً معلوماً فأجيب بما يعتبر وضع من المستثنى بقدره، وروي لا يوضع منه شيء اهـ ضيغ: والمشهور الرواية الأولى عن مالك اهـ وعليها اقتصر خ إذ قال آخر فصل التناول: "ومستثنى كيل من الثمرة تجاح بما يوضع من مشتريه"

وأشار بقوله موت حصل فيما تعين به - بحذف حرف العطف في موت؛ وضمير به راجع إلى الاستثناء بمعنى أنه وقع على معين - إلى مسألة ما إذا مات ما استثنى منه شيء معين كرطل من شاة أو رأس أو جلد؛ فهل يضمن له المشتري أو لا؟ قولان؛ ثالثها مذهب المدونة وهو المشهور بالتفصيل بين الجلد والرأس فيضمنان وبين اللحم فلا يضمن؛ وعليه مشى في خ إذ قال: "ولو مات ما استثنى منه معين ضمن المشتري جلدًا وساقطًا لا لحمًا"

تنبيهان: الأول لم يختلف قول مالك ولا قول أحد من أصحابه أنه لا يجوز بيع الأمة ولا بيع شيء من الحيوان واستثناء ما في بطنه؛ لأنهم رأوا البائع مبتاعاً للجنين بما وضع من قيمة الأم لمكان استثناء الجنين؛ فهو بائع للأمة ومبتاع لما في بطنها في صفقة واحدة؛ فوجب أن تكون البيعتان فاسدتين، وأجازته الأوزاعي والحسن بن يحيى وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه وداود؛ وروي الجواز أيضاً عن عبد الله بن عمر بناء على أن المستثنى مبقى على ملك البائع.

الثاني: مما ينبني على القاعدة أيضاً من أكرى داره أو أرضه وفيها شجر واستثنى شجراً بأعيانها لنفسه وأدخل ما عداه في الكراء؛ فهل يجوز أم لا؟ قولان لابن أبي زمنين وابن العطار بناء على أن المستثنى مبقى أو مبيع.

..... ١٦١ هل ما فعل

..... ١٦٢ كفعل حاكم كحكم قررا

هذه قاعدة من فعل فعلاً لو رفع إلى الحاكم لم يفعل سواء هل يكون بمنزلة الحكم أم لا؟ قوله ما فعل موصول وصلته مبتدأ، وقوله كفعل حاكم حال من ضمير فعل أو هو متعلق بفعل، وقوله كحكم قدراً خبر المبتدأ.

ومن فروعها من أسلم في طعام سلما فاسدا مختلفا في فساده فأراد أن يأخذ عنه من غير صنفه فإن ذلك لا يجوز ما لم يحكم حاكم بالفساد، فإذا قررا ذلك بينهما وأشهدا به فعلى القاعدة هكذا الفرعين، المقرري في قواعده: قال المتيطي: ومن أسلم في حنطة سلما فاسدا ففسخه السلطان أو تفاسخا وأشهدا على ذلك فلا يجوز أن يأخذ برأس المال تمرا أو ذرة أو طعاما بخلاف ذلك الجنس إذا تعجله؛ وله أن يؤخره برأس المال أو يحط عنه، وقيل إذا فسخ بحكم فله أن يأخذ سمراء عن محمولة وبالعكس، قال عبد الحق: وهو الصواب لأنه غير ما عقد عليه؛ ولا يأخذ سمراء عن سمراء للتهمة على تتميم الفاسد، وقال يحيى بن عمر: يجوز ذلك لأنه مفسوخ بالشرع، ولا يأخذ دراهم عن دنائير ولا بالعكس للتهمة، قال محمد: إلا أن يفسخ بحكم فيجوز ذلك كله ونحوه لابن حبيب، قال التونسي: وإذا كان الفاسد مختلفا فيه فلا يأخذ عن الطعام جنسا آخر إلا أن يفسخ بحكم.

ومنها اختلافهم في البيع الفاسد المختلف فيه هل يكفي فيه التراضي بالفسخ أم لا؟ أما البيع المجمع على فساده فلا يحتاج فسخه إلى حاكم اهـ وذكر الخطاب في المختلف فيه ثلاثة أقوال: قيل يكفي تراضيها مع الإشهاد وقيل لا يكفي إلا الحاكم، حصل الأقوال الثلاثة ابن عرفة في الصرف الفاسد؛ قال ابن جماعة: ويجوز أن يبتدأ عقدا آخر بعد الفسخ بغير إشهاد وهذا مذهب أشهب؛ وبالإشهاد أحسن وهو مذهب ابن المواز؛ قال: لا بد من الإشهاد أو الحكم.

وهل يعد راجعا من قررا ١٦٢

كمشتر وغاصب ومن سرق ومسلم وعيب حلي استحق ١٦٣

هذه قاعدة من خير بين شيئين فاختر أحدهما هل يعد كالمنتقل أم لا وكأنه ما اختار قط غير ذلك الشيء؟

وذلك كمن اشترى على اللزوم ثمر نخلة يختارها من نخلات هل يجوز أم لا؟ قولان مشهورهما النفي؛ جب: ولو اشترى نخلة مثمرة أو ثمرة نخلة من نخلات لم يجز، وفي خ: "لا طعام وإن مع غيره كنخلة مثمرة من نخلات" وأجاز اللخمي ذلك للمشتري ويحال في ذلك على دينه؛ ويؤمر أنه إذا اختار شيئا فلا ينتقل منه.

وأشار بقوله وغاصب إلى مسألة من غصب جارية ثم اشترىها وهي غائبة؛ فإن قلنا بالأول فلا تشتري إلا بما تشتري به قيمتها وهو قول أشهب، وإن قلنا بالثاني لم تراع القيمة وهو ظاهر الكتاب.

وبقوله ومن سرق إلى مسألة من سرق شاة فذبحها فوجبت على السارق قيمتها لربها فإنه لا يجوز له أخذ شاة حية من هذه القيمة؛ لأنه لما قدر على أخذ اللحم فعدل عنه إلى أخذ شاة صار كبيع لحم بحيوان من جنسه بناء على الانتقال؛ وأن حق المغصوب منه تعلق بعين ما أتلفه الغاصب، ولو بنينا على عدم الانتقال وفرضنا أن حقه سقط في العين وإنما وجبت له القيمة لم يمنع.

وبقوله ومسلم إلى مسألة من أسلم على أختين ولم يطأهما فاختر إحداهما: فهل يلزمه نصف صداق الأخرى بناء على الانتقال أو لا يلزمه بناء على مقابله؟ أو أسلم على عشر لم يكن بنى بواحدة منهن فاختر أربعاً: فهل للبواقي نصف الصداق أم لا؟ قولان مشهورهما النفي، جب: وإن أسلم على عشر اختار أربعاً أوائل كن أو أواخر؛ فإن لم يدخل بواحدة منهن فلا مهر للبواقي، وقال ابن المواز: لكل واحدة منهن خمس صداقها لأنه لو فارق الجميع لزمه صداقان، وقال ابن حبيب: لكل واحدة نصف صداقها لأنه في الاختيار كالمطلق لأنه في الاختيار كالمنتقل اهـ وفي خ: "ولا شيء لغيرهن إن لم يدخل بها" أي بالغير.

وبقوله وعيب حلي استحق أي استحقه المغصوب منه بعد أن تعيب عند الغاصب واختار المغصوب منه القيمة؛ فهل يجوز المصارفة عليها أم لا؟ قولان مشهورهما الأول، جب: فإن بقي على حال خيار أخذ العين أو التضمين فعلى خلاف إحضار العين وخلاف صرف الذمة؛ ضيخ: فإن لم تذهب عينه بالكلية ولكنه تعيب تعيباً يوجب لصاحبه الخيار في أخذه أو تضمينه للغاصب فإن اختار أخذه؛ فإن أحضره ثم صارفه عليه جاز اتفاقاً، وإن لم يحضر فالمشهور المنع، وإن اختار أخذ القيمة فهي دين له في ذمة الغاصب، فإن أراد مصارفته عليها جاز على المشهور، ابن شأس: والمشهور جار على أن من خير بين شيئين لا يعد متنقلاً بل يعد كأنه لم يستحق غير ما اختار، وأما إن عدناه متنقلاً فلا يجوز صرف أحدهما.

ومما ينبني على القاعدة مسألة من أمر ببيع سلعة نقداً فباعها بعشرين إلى أجل فأجاز ذلك رب السلعة بعد فواتها. ومسألة من وكله رجل على أن يسلم له في طعام أو غيره فوكل غيره على ذلك فإنه لا يلزم الموكل ما فعله الوكيل الثاني لكونه لم يلتزم ما عقد عليه؛ إلا إذا فعله من أذن له فيه وهو لم يأذن لوكيل الوكيل؛ فإذا قلنا للموكل الخيار في نقض ما فعله الوكيل الثاني فله النقض والإجازة إن شعر به قبل دفع رأس المال أو بعد دفعه ولم يرغب عليه من هو في يديه ممن أسلم إليه، ولو لم يشعر به إلا بعد أن غاب

عليه المسلم إليه فهل للموكل الإجازة أم لا؟ منع من ذلك في الكتاب ورآه كفسخ دين في دين؛ وقيل يجوز، والقولان على الأصل والقاعدة.

١٦٤ وفي انعقاد البيع بالخيار قولان فالصرف عليه جاري

١٦٥ وشبهه لمشتري أبا

هذه قاعدة هل بيع الخيار منحل أو مبرم؛ هذه قاعدة هل بيع الخيار منحل أو منبرم؟ فلذلك اختلف قول مالك في جواز عقد الصرف على الخيار ومنعه وهو المشهور، ونفى ابن رشد الخلاف فقال: ولا خلاف أن الصرف فاسد كانا جميعا بالخيار أو أحدهما لعدم المناجزة بينهما بسبب الخيار اهـ

وأشار بقوله وشبهه إلى مسألة عقد النكاح على الخيار والمنصوص بالمنع، جب: ورجع مالك إلى أنه لا يفسخ نكاح الخيار بعد البناء للزوج أو للزوجة أو للولي أو لهم بخلاف النكاح إلى أجل، وفي خ - عاطفا على ما يفسخ - : "وقبل الدخول وجوبا على أن لا تأتيه إلا نهارا أو الخيار لأحدهما أو غير". وبقوله كمشتري أبا إلى مسألة من اشترى أبا بالخيار له هل يعتق عليه أم لا؟ قولان: أولهما لأصبع وابن حبيب عن رضي؛ وثانيهما مذهب المدونة. ومن هذه القاعدة أيضا مسألة المديان يبيع السلعة أو يشتريها بالخيار ثم يحجر عليه فأراد الإمضاء في المسألتين أو الفسخ ومنعه الغرماء من ذلك؛ اختلف العلماء في ذلك وأجراه المازري على الخيار هل هو منحل أو منبرم؟ اهـ.

ومنها مسألة المسلم يبيع عبده الكافر بخيار فيسلم العبد في أيام الخيار والخيار للبائع؛ هل للمسلم إمضاء البيع بناء على أنه منبرم أو لا يكون له بناء على أنه منحل فيكون كابتداء بيع؟ واتفق على أن له غلته ومنه ضمانه وعليه نفقته وفطرته، ولا شفعة إلا بعد مضيه اهـ وفي خ: "في البائع يمنع من الإمضاء"، ابن محرز: لو باع مسلم نصرانيا من نصراني والخيار للمسلم البائع فأسلم فواضح كون المسلم على خياره اهـ ابن رشد: بيع الخيار منحل اتفاقا؛ فإن أمضي فهل يعد ممضيا من يوم نزل أو من يوم أمضي؟ قولان.

١٦٥ حكميه كهو خلاف قد نقل وهل

١٦٦ في العبد والمحجور كالخلخال لكن لهم فيه كلام عالي

هذه قاعدة هل الخيار الحكمي كالشرطي أم لا؟

وذلك كتزوج العبد والسفيه والصغير بغير إذن الحاجر ثم يجيزه فهل تصح إجازته أم لا؟ قولان مشهورهما الأول؛ وفي خ: "وللسيد رد نكاح عبده"؛ "ولولي صغير فسخ عقده"؛ "ولولي سفیه فسخ عقده" أي ولكل الإمضاء أيضا، وقال أبو الفرج: القياس الفسخ وعدم جواز الإمضاء لأنه نكاح فيه خيار؛ وهما على الخلاف الحكمي هل هو كالشرطي أم لا؟

وأشار بقوله كالخلخال: إلى مسألة الخخالين ببيعان بعين ولم يخبر المصطرف بأنهما ليسا ملكا للبائع ثم يستحقان؛ فهل للمستحق إمضاء البيع ما لم يفترق المتبايعان أم لا؟ قولان مشهورهما الأول، جب: ولو استحق المصوغ انتقض مطلقا؛ ثم إن كان لم يختر المصطرف فللمستحق إجازته على المشهور فيهما بناء على أن الخيار الحكمي ليس كالشرطي؛ ضيغ: لأن خيار المستحق أدى إليه الحكم، والشاذ لأشهب: المنع لخيار الشرط اهـ. وأشار بقوله لكن لهم فيه كلام عال: إلى ما للعلماء في مسألة الخخال من الاعتراض والمناقضة والجواب عنها، ضيغ: يفيد جواز الإجازة بحضور المصوغ قاله ابن القاسم؛ وناقض سحنون قول ابن القاسم هذا باشتراط حضور الخخالين بقوله: فمن استودع قمحا فباعه بطعام مخالف إن للمستحق إجازة البيع ولم يشترط حضور القمح، والفرق أن المودع يضمن القمح بتعديه بالبيع فوجب في ذمته مثله فيأخذ عنه تمرا مثلا وذلك جائز؛ إذ لا معنى لاشتراط حضور ما في الذمة بخلاف الذي تولى الصرف في مسألة الخخالين فإنه غير متعد فلم يتعلق بذمته فأشبهه صرفهما صرف الوديعة فلذلك اشترط الحضور اهـ وناقض اللخمي والمازري قول أشهب هنا بقوله في العبد يتزوج حرة بغير إذن سيده ويدخل بها ثم توجد هي تزني أن رجمها موقوف على إجازة السيد النكاح؛ فإن أجازته كانت محصنة ورجمت وإن لم يجزه لم ترحم وحدت حد البكر وهو اعتراض ظاهر اهـ، وقال ابن محرز: إن كانت الإجازة كابتداء بيع اشترط رضی المشتري؛ وإن كان ذلك تنميما لما تقدم لم يشترط حضور الخخالين فالمسألة معترضة، قال ابن بشير: العذر عن حضور الخخالين عد الإمضاء كالابتداء وإن عدم رضی المشتري عد المصرف كالوكيل على الصرف إذ لا مضرة على المشتري في الإمضاء لدخوله على ذلك اهـ.

وأجاب أبو الطاهر عن أشهب بأن المناجزة المطلوبة في باب الصرف أضيق منها في باب النكاح؛ ولذا جعل الخيار الحكمي في الصرف كالشرطي لضيقه بخلافه في باب النكاح، وأجاب محمد بن عتاب الجذامي التونسي عن المناقضة المذكورة بأن إجازة السيد نكاح العبد من باب رفع

المانع لحصول المقتضي وهو أركان النكاح بجملتها؛ وإنما بقي إذن السيد وعدم إذنه مانع، وأما إجازة المستحق فهو من باب عدم المقتضي لأن أحد العاقدين وهو المالك للخلخالين مفقود من العقد الأول؛ والعاقد غير المالك فلم تكمل أركان البيع فهو من باب عدم المقتضي، وقد علمت أن وجود المانع مع قيام المقتضي أخف من فقدان المقتضي؛ فلذلك ضعف الخيار في الأول فلم ينزل منزلة الشرطي.

١٦٧ هل نقض بيع فاسد من رده أم أصله عليه فطر عبده

هذه قاعدة هل رد البيع الفاسد نقض له من أصله أو من حين رده؟ وقوله أم أصله أي من أصله.

وذلك كفطرة العبد يمضي عليه يوم الفطر عند المشتري أهي منه أم من البائع؟ قولان مشهورهما الأول وهو مذهب المدونة وعليه مشيخ إذ قال: "والمشتري فاسدا على مشتريه"، والمخالف فيه أشهب.

١٦٨ هل قبض أول الذي تتصل أجزاءه حكما ككل ينقل

١٦٩ في دفع كالسكنى وما تأخرا جذاذه في الدين كالذي اكرى

١٧٠ وموجر نفسا سنين وقبض ستين أجره ولم يوف الغرض

١٧١ وشبهها وشهر المنع

هذه قاعدة هل قبض الأوائل كقبض الأواخر؟ وعبر عنها المقري والناظم هل قبض أول متصل الأجزاء كقبض كله أم لا؟ وينقل هذا الأصل في دفع كراء مثل السكنى.

فقوله كالسكنى على حذف مضاف كراء كالسكنى؛ وأشار بذلك إلى مسألة من دفع في دين عليه سكنى دار مدة وخدمة عبد إلى أجل وركوب دابة إلى موضع أو ما يتأخر جذاذه من الثمار والبقول؛ هل يجوز أم لا؟ قولان مشهورهما النفي وهو قول ابن القاسم المرجوع إليه؛ وقال أشهب بالجواز وقاله ابن القاسم مرة ورجع عنه واختاره ابن المواز، واختلف فيه قول مالك؛ وفي خ في البيوع الفاسدة: "وككالي بمثله فسخ ما في الذمة في مؤخر ولو معينا يتأخر قبضه كغائب ومواضعة ومنافع عين".

وأشار بقوله كالذي اكرى إلى مسألة من اكرى دابة مضمونة وشرع في ركوبها فهل يجوز تأخير النقد بناء على أن قبض الأوائل قبض للأواخر أو

لا يجوز بناء على مقابله؟ قولان، وإلى مسألة ما إذا مات المكتري قبل حلول أجل الكراء هل يحل الكراء بموته قبل استيفاء السكنى أم لا؟ وإلى مسألة ما إذا هلكت الدابة المعينة في بعض الطريق واتفقا على دابة أخرى وقد انتقد الكراء: فهل يجوز ذلك أم لا؟ قولان، وفي الأولى يقول خ: "وفي مضمونه لم يشرع فيها إلا كراء حج فاليسير" ومفهوم لم يشرع فيها أنه إذا شرع فيها جاز تأخير النقد لأن قبض الأوائل كقبض الأواخر، وفي الثانية يقول خ في الفلس: "وحل به وبالموت ما أجل ولو دين كراء"؛ الموافق: ومقتضى ما ذكره أن الكراء يفسخ فيما بقي من المدة ويحل كراء ما مضى إن كان مؤجلا ويخاص به الغرماء اهـ ابن رشد الأصح في النظر أنها لا تحل بموته ولا تفليسه؛ إذ لا يحل عليه ما لم يقبض بعد عوضه؛ وهذا أصل ابن القاسم لأنه يرى قبض الدار للسكنى قبضا للسكنى؛ فيأتي على مذهبه أن الكراء لا يحل بموته وينزل الورثة منزلته اهـ ابن عرفة: إن أفلس مشتري منافع قبل قبضها فبائعها أحق بها كسلعة بيد بائعها اهـ وفي الثالثة يقول خ - عاطفا على ما يجوز - : "والرضى بغير المعينة الهالكة أن ينقد أو نقد واضطر " اهـ فافهم أن المعينة لا يجوز فيها ذلك؛ وهو كذلك ما لم يضطر اهـ

وأشار بقوله ومؤجر نفسا سنين الخ : إلى مسألة من أجر نفسه لثلاث سنين مثلا بستين ديناراً فقبضها ومر لها حول؛ هل يزكي الستين كلها بمضي حول واحد لأن بقية الثلاث كالمقبوض؟ أم لا لجواز أن تنهدم الدار فيجب رد بعض ما انتقد من الكراء؟ المشهور النفي. قوله أجره بدل من ستين؛ وقوله ولم يوف الغرض أي لم يوف عمل ثلاث سنين، وفي خ في المسائل التي لا زكاة فيها: "أو مر لكموَجِر نفسه بستين ديناراً ثلاث سنين حول" أي أو من حول لكموَجِر نفسه كثلاث سنين بستين ديناراً فلا زكاة عليه في الجميع؛ لأن عشرين للسنة التي مرت به لم يتحقق ملكه لها إلى الآن والأربعون الباقية دين عليه وليس عنده ما يجعل فيها لأنه مؤجر نفسه؛ أما لو أجر عبده أو فرسه أو داره لكان له شيء يجعل فيه دينه كله أو بعضه اهـ.

وقول الناظم وشهر المنع أي في الفروع السابقة وهو قول ابن القاسم، ويدخل في المنع منع وجوب الزكاة اهـ وصح المتأخرون قول أشهب لأنه لو كانت منافع معين كالدين يمتنع فسخ الدين فيها لامتنع اكتراء الدواب واستئجار العبيد وشبهه بدين والمذهب جوازه؛ وفرق بأن اللازم في محل المنع هو فسخ الدين وفي محل الجواز ابتداء الدين بالدين وهو أخف اهـ.

١٧١ وهل يقضى لذي الموزون عن صنع حصل

١٧٢ فيه بقيمة ببيع وتلف في غزل أو حلي أبيح وعرف

هذه قاعدة هل الموزون إذا دخلته صنعة يقضى فيه بالمثل أو بالقيمة؟ وهي من تعارض حكم المادة والصورة المباحة، فمالك والشافعي يقدمان الصورة فيجعلانه كالعروض، والحنفية وبعض المالكية يقدمون المادة فيجعلانه كالتبر.

وأشار بقوله ببيع إلى مسألة بيع الغزل أو الحلي ببيعا فاسدا فقد اختلفت المالكية هل تفوته حوالة الأسواق كالمثلي أم لا؟
وبقوله وتلف إلى مسألة من استهلك الغزل أو الحلي فهل يقضى فيه بالقيمة أو المثل؟ قولان، وقوله أبيح صفة للحلي، وقوله وعرف أي في الشرع ولم ينكره تأكيدا لقوله أبيح؛ وغير المباح كأواني الذهب والفضة تدخل في قاعدة المعدوم شرعا كالمعدوم حسا اهـ

وفي مسألة استهلاك الغزل أو الحلي قال خ في الغصب: "وإن صنع كغزل وحلي وغير مثلي فقيمه يوم غصبه" الموافق: ولا شك أن الناسخ هنا قدم وأخر وإنما أراد المؤلف وضمن بالاستيلاء كذا والمثلي ولو بغلاء وغير مثلي بقيمه يوم غصبه كغزل وحلي اهـ ومذهب أشهب أن في استهلاك الحلي والغزل المثل خلافا لابن القاسم؛ واختلفا أيضا في تغيير السوق هل له أثر في المكيل والموزون؟ وهو قول أشهب؛ أو لا أثر له؟ وهو قول ابن القاسم وهو المشهور، ونص أهل المذهب على إفاتة حوالة الأسواق لأربعة: البيع الفاسد لاختلاف المتبايعين وبيع العرض بالعرض وبيع المرابحة، وأربعة لا يفيتها: الرد بالعيب وهبة الثواب والإقالة في السلم والاستحقاق وجمعها قول بعضهم:

وأربعة إذا الأسواق حالت منعن من الفوات كما علمتا

إقالتك السلوم وفي معيب وإعطاء الثواب وما استحققتا

وأربعة تفوت إذا استحالت فأولها المبيع إذا اختلفتا

وعرض فيه عرض من مبيع وبيع فاسد مع ما ربحتا

؟؟؟؟ في استهلاك الغزل والحلي موافق للأصل وهو أن يحكم في ذوات الأمثال بالمثل؛ واستثنا من هذا الأصل مسائل: هذه فالمشهور فيها القيمة،

وكذلك من فدى أسيرا بدار الحرب بقنطار قطن مثلا فإنه يأخذ قيمته ببلد الإسلام لأنه لو أخذ القطن ربما أضر بالمفتدي، وكذلك من وهب لغيره هبة الثواب مما يكال أو يوزن فيفوت فعليه قيمته؛ وهل له أن يعطيه مثله؟ ابن القاسم: ليس له خلافا لأشهب. وكذلك إذا كان لشريكين قنطار كتان مثلا فاقتضى أحدهما منه نصفه فدخل معه شريكه فيما اقتضى وقلنا أنه يرجع الآخر بالنصف الثاني يقبضه منه فعليه أن يعطي قيمة نصفه لشريكه، وأما من قال يرجعان جميعا فلا تخرج هذه المسألة عن الأصل. كذلك من اشترى صبرة جزافا فأتلّفها البائع أو غيره فإنما فيها القيمة لا المثل اهـ وأما سلف الغزل فليس كاستهلاكه في الخلاف؛ قال أبو مهدي: لا أحفظ خلافا في سلف الغزل أنه يرد مثله اهـ

- ١٧٣ هل نقض أو بيع إقالة بلا زيد ونقص وعليه نقلا
 ١٧٤ إقالة في بيع ما زها وقد يبس كالعهددة والفرق أسد
 ١٧٥ نقض ببيع شفعة مرابحة في غيرها بيع

هذه قاعدة هل الإقالة بمثل الثمن الأول نقض وحل للبيع أو ابتداء بيع ثان؟ قولان؛ وقول بالتفصيل نقض للبيع في ثلاثة مواضع: بيع الطعام والشفعة والمرابحة؛ وبيع في غيرها وهذا القول هو أسد الأقوال وأشهرها؛ وعليه درج خ إذ قال: "والإقالة بيع إلا في الطعام والشفعة والمرابحة" فيجوز أن يتقابل المتبايعان في الطعام قبل أن يقبضه المشتري على مثل الثمن الأول؛ فلا تعد الإقالة فيه بيعا حادثا حتى يلزم بيع الطعام قبل قبضه اهـ ولو تقابل المتبايعان في الشقص قبل أخذ الشفيع فذلك لا يسقط الشفعة؛ وعهددة الشفيع على خصوص المشتري على مذهب المدونة كما إذا أخذ من يده قبل التقابل، وأما على القول بأن الشفيع مخير أن يجعل عهده على البائع أو على المشتري لكون البائع صار مشتريا بالإقالة فالإقالة عليه بيع اهـ فالإقالة في الشفعة هي بالنسبة إلى العهددة اهـ والإقالة في المرابحة هي أن يكون بائع الشيء على المرابحة؛ كأن باعه أو لا بعشرة مثلا ثم أقال المشتري البائع على مثل الثمن الأول فلا يجوز له أن يبيعه مرابحة على أن رأس المال فيه عشرة حتى يبين؛ لأن ذلك مما تكرهه النفوس؛ ولو عدت الإقالة بيعا لجاز اهـ

ومثل الناظم للقاعدة بفرعين أحدهما من باع ثمرا بعد زهوه ثم أقال منه بعد يبسه؛ وإليه أشار بقوله وعليه نقلا أقالة في بيع ما زها وقد يبس أي وعلى

هذا الأصل نقل الخلاف في إقالة المذكور اه زها الثمر وأزهي إذا بدت عليه حمرة أو صفرة؛ وفي الصحيح أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الزهو فقال: أن تحمر أو تصفر، وقوله وقد يبس جملة حالية اه فإذا قلنا الإقالة حل للبيع الأول جازت تلك الإقالة لأنها على عين الشيء وليس بيع طعام واقتضاء غيره، وإن قلنا إنها بيع امتنعت لأنه كإقتضاء طعام كان من ثمن طعام؛ ولو فلس المشتري لجاز أخذ اليايس قاله المقري اه

وأشار بقوله كالعهددة إلى الفرع الثاني وهو مسألة الاختلاف في ثبوت العهددة في الإقالة بمثل الثمن؛ فعلى أنها كابتداء بيع فالحهددة، وعلى أن لا فلا. ولم يرتض المازري رحمه الله القول بوجوب العهددة في الإقالة على القول بأنها كابتداء بيع معتلا بأن هذا بيع قصد به إلى المعروف فلم يلحق بالعقود المقصود فيها المعاوضة على جهة المكايسة اه

واحترز الناظم بقوله بلا زيد ونقص من الإقالة بزيادة أو نقصان فإنها بيع ثان اتفاقا في كل شيء؛ فلا تجوز الإقالة في الطعام بزيادة أو نقصان إلا بعد قبضه، ويجوز لبائع المرابحة أن يبيع مرابحة في الصورة السابقة بزيادة أو نقص من غير بيان على المشهور؛ خلافا لابن حبيب بالمنع ولو استقال بنقص، واستشكل قوله بالنقص لأنه خير للمشتري، وذهب فضل إلى أن المذهب قول ابن حبيب وتأول مذهب المدونة على أنه اشترها من بائعها منه اه قال في ضيحه: ولكون الإقالة بزيادة أو نقصان بيعا حادثا كان عهددة الشفيع على البائع في الإقالة على القول بتخييره فيها لأن ذلك لما تقايلا بزيادة أو نقص اه

ومن فروع القاعدة أيضا جواز الإقالة في الأرض الموظفة وفيه قولان الجواز لابن هندي قال ابن سلمون وبه العمل والمنع لابن العطار وابن زرب اه

.....	١٧٥
.....	١٧٦
.....	١٧٧
.....	١٧٨
.....	١٧٩

هذه قاعدة هل المسامحة ثابتة في المخطئ في ماله بأن يرد عليه ماله ولا يؤخذ بالخطأ أم لا مسامحة فيلزم بما دفع خطأ ولا يرد عليه؟ ويقال فيها أيضا: من سلط على ماله خطأ هل له الرجوع أم لا؟ وأيضا: من دفع شيئا يظن أنه يلزمه هل له الرجوع أم لا؟ ويقال أيضا: المخطئ في مال نفسه هل يعذر بخطئه أم لا؟ اهـ.

وقوله كمن دفع في ثمن ثوبا ومن حق وضع أشار به إلى مسألة من اشترى منه ثوب بعشرة مثلا فأخطأ فدفع ثوبا يساوي أكثر من ذلك هل له الرجوع أم لا؟

وبقوله ومشتري لغيره وغلطا إلى مسألة من اشترى لرجل جارية بعدد فقال غلطا قامت علي بعدد دونه فهل يرجع أم لا؟
وبقوله وكمثيب إلى مسألة من أتاب من صدقة ظنا منه أنها تلزمه هل يرجع أم لا؟

وقوله فوتها قد شرطا أي الفوت في الصور الثلاث قد شرط في عدم الرجوع أو في ثبوت الخلاف، وقوله وبالرجوع احكم مع القيام؛ أي في الصور الثلاث.

وأشار بقوله ومطلقا في بيع ربح نامي إلى مسألة من باع جارية مرابحة للعشرة أحد عشر مثلا؛ فقال قامت علي بكذا ثم ظهر أنها قامت عليه بأكثر؛ وذكر أنه يرجع هنا مطلقا؛ أي مع الفوات والقيام.

وقوله كذاك ما أشبهها يعني مثل من اقترض من طعام الحرب فظن أنه يلزمه قضاؤه فقصاه جهلا منه فهل يرجع أم لا؟ ومن دفع مالا لمدعيه بشهادة أبيه بغير حكم، ومن دفع مالا بشهادة شاهد واحد دون يمين، ومن يدفع لزوجته نفقة حملها ولم يكن ظاهرا ثم ينفش، ومثل من صالح عن دم الخطأ ظنا أن الدية تلزمه إلى غير ذلك، فهل يرجع الغالط أم لا؟ قال أبو عمران الصنهاجي: يرجع الغالط بما غلط في قيامه دون فواته إلا في مسألة الجارية التي بيعت مرابحة للعشرة أحد عشر فقال قامت علي بمائة ثم ظهر أنها قامت عليه بأكثر من ذلك؛ فإنه يرجع في ذلك كله في قيامها وفواتها كما قال الناظم؛ ثم قال: فيصير فيمن غلط في ماله؛ قولان في فوات ذلك هل يرجع أم لا؟ وأما إن كان قائما فإنه يرجع قولاً واحداً اهـ وفي المتيطية ولا رجوع لواحد من المذكورين الغالطين فيما دفع ولا ينفعهم قولهم ظننا أن ذلك يلزمنا ولو شاءوا لتثبتوا اهـ

وفي مسألة المرابحة يقول خ: "وإن غلط بنقص وصدق أو أثبت رداً ودفع ما تبين وربحه وإن فات خير المشتري بين الصحيح وربحه وقيمه يوم البيع ما لم تنقص عن الغلط وربحه" وفي مسألة الصلح يقول: "وإن صالح

مقر بخطأ بماله لزمه وهل مطلقا أو ما دفع تأويلان لا إن ثبت وجهل للزومه وحلف ورد إن طوب به مطلقا أو طلبه ووجده". وفي مختصر ابن عرفة: قال ابن حارث اتفقوا على أن من أخذ من رجل مالا يجب له بقضاء أو بغير قضاء ثم ثبتت الحقيقة أنه لم يكن يجب عليه شيء أنه يرد ما أخذ. وقال ابن رشد - بعد نقل هذا الكلام -: ولهذه المسألة نظائر تفوت العد فذكر ما تقدم اهـ وقد ذكر البرزلي عن الزواوي وعن المدونة ما يشهد بالرجوع والعدر بالجهل مخالفا لما في المتيضية في قولها ولو شاءوا لتثبتوا.

١٧٩ هل عوض على نوي علم وجهل يفرض

١٨٠ كالصلح والخلع وكن معترضا ما لابن شأس وقراف معرضا

هذه قاعدة إذا قابل العوض الواحد معلوما ومجهولا هل يفض عليهما أو يكون للمعلوم وما فضل للمجهول وإلا وقع مجانا؟ ومثل لها بمثاليين: أشار إلى أولهما بقوله كالصلح يعني مسألة من صالح عن موضحتي عمد وخطأ فهل يكون المصالح به بينهما؟ وهو قول ابن القاسم؛ أو يكون للخطأ؟ وهو قول ابن نافع اهـ وفيها عن ابن القاسم: من صالح عن موضحة عمد وموضحة خطأ على شقص من دار جاز؛ وفيه الشفعة بدية موضحة الخطأ وبنصف قيمة الشقص؛ لأننا قسمنا الشقص على الموضحتين وإحداهما معلومة، والأخرى مجهولة. وفي خ: "وإن صالح بشقص عن موضحتي عمد وخطأ فالشفعة بنصف قيمة الشقص وبدية الموضحة وهل كذلك إن اختلف الجرح تأويلان".

وأشار بقوله والخلع إلى مسألة من خالع على أبق ويزيد ألفا فهل ترد المرأة الألف ويكون للزوج نصف العبد؟ أو إنما يكون له ما زاد على الألف؟ قولان اهـ جب: لو خالعه على عبد ويزيدها ألفا جاز وإن كان أبقا ردت الزيادة وكان له نصفه، وقال محمد: وكان له منه ما زاد على الألف بتقويمه بعد وجدانهوإلا فلا شيء له اهـ أي فلا شيء للزوج في العبد اهـ وقال محمد: هو مذهب ابن نافع؛ وقال بعضهم هو تفسير لقول ابن القاسم اهـ وقال في خ - مارا على مذهب ابن القاسم -: "ومع البيع وردت كإباق العبد مع نصفه".

قوله معه أي مع البيع، وقوله وكن معترضا . . البيت أشار به إلى ما اعترض به كلام ابن شأس والقرافي في الفرع الثاني، وقوله معرضا حال من فاعل معترضا أي معرضا عن قولهما في ذلك غير ملتفت إليه، ونص ابن شأس: وأما على مقتضى قول ابن القاسم في قسمة المأخوذ بين

الموضحتين فيكون نصف العبد هنا في مقابلة نصف الألف الخ؛ فالصواب حذف قوله نصف من الموضعين، ونقل القرافي كلام ابن شأس هذا ولم ينتبه إلى ما انتبه إليه جب وغيره اهـ وقال المقرئ - على قول جب ردت الزيادة -: أي جملة الألف؛ وقول ابن شأس ترد نصف الألف لا معنى له على القولين جميعا؛ ولا أرى لفظة النصف إلا زلة.

ومن هذه القاعدة قول ابن الماجشون في النكاح والبيع يجعل الثمن للسلعة فإن بقي ربع دينار صح النكاح عند قوم؛ كما إذا تزوجها بعبد وتزیده بألف، جب: ولو أصدقها عبدا يساوي ألفين على أن ترد له ألفا فبعض العبد مبيع وبعضه صداق؛ منعه في المدونة؛ وأجازة عبد المالك إذا تحقق بقاء ربع دينار؛ وأجازة أشهب مطلقا كالسلعتين، وقيل يجوز إن فضل شيء اهـ. وأشار لهذا في خ بقوله: "أو باجتماعه مع بيع كدار دفعها هو أو أبوها".

١٨١ وهل إلى صحة أو فساد يرد ذو الإبهام والترداد

١٨٢ كالرعي والكرأ وثمر تجر حمل طعام كثياب أجر

هذه قاعدة المبهات المترددة بين الصحة والفساد هل تحمل على الصحة أو الفساد؟ وتقدير قول الناظم: وهل يرد العقد ذو الإبهام والترداد بين الصحة والفساد إلى صحة أو فساد؟ قولان.

وأشار بقوله كالرعي إلى مسألة من استرعى راعيا غنما بعينها سنة ولم يشترط الخلف ولا عدمه فهل تصح الإجارة أم لا؟ في ذلك قولان: الأول لأشهب وابن الماجشون وابن حبيب وأصبغ وسحنون ويوجبون الخلف، والثاني لابن القاسم في أصله في المبهات.

وبقوله والكرأ إلى مسألة من اكرى كراء مضمونا وليس العرف التقديم ولا شرطاه؛ فهل يصح أم لا؟ قولان: الأول لعبد المالك والمدنيين، والثاني لابن القاسم.

وبقوله وثمر إلى مسألة من اشترى ثمرا قبل بدو صلاحه ولم يشترط القطع ولا التبقية؛ فهل يصح أم لا؟ قولان لظاهر المدونة والعراقيين؛ وقولهم بالبطلان هو المشهور؛ وتأول ابن أبي زيد المدونة عليه؛ واختار اللخمي أن يستدل على الجد بقلة الثمن وعلى التبقية بكثرتة؛ إذ ثمن ما على القطع أقل اهـ.

وبقوله تجر إلى مسألة من باع سلعة بثمن على أن يتجر له بثمنها سنة؛ أو أجره على أن يتجر له بمائة سنة ولم يشترط الخلف في الصورتين ولا عدمه؛ فهل يصح ذلك أم لا؟ قولان: النفي لابن القاسم والصحة لسحنون،

قال الحكم: يوجب عليه الخلف ووافق ابن حبيب وابن الماجشون، وقال ابن يونس: وهو عندي أصوب لأن الأشياء المستأجر عليها لا تتعين. وبقوله حمل طعام إلى مسألة من استؤجر على حمل طعام إلى بلد كذا بنصفه ولم يشترط نقده في الحال ولا تأخيرها؛ فهل يصح العقد أم لا؟ النفي على أصل ابن القاسم؛ والصحة لأشهب وابن حبيب وسحنون. وبقوله كتياب إلى مسألة من ابتاع ثيابا أو غيرها وسمى لكل ثمننا ولم يشترط الرجوع عند العيب والاستحقاق بالقيمة ولا بالتسمية؛ قال ابن القاسم - ورواه عن مالك -: التسمية لغو والبيع صحيح؛ وقاله سحنون وأصبغ، وروى ابن القاسم أيضا أن التسمية مراعاة والبيع فاسد، جب: وكل ثوب ونحوه بدرهم لغو فالقيمة.

وقوله أجر فعل أمر من أجرى تتميم للبيت، وفي مسألتى الرعي والتجر بثمان سلعة يقول في خ في الإجارة - عاطفا على ما يجوز -: "وبيعه سلعة على أن يتجر بثمانها سنة إن اشترط الخلف كغنم عينت وإلا فله الخلف على أجره بالقضاء" ومقتضاه المشي على مذهب ابن القاسم، وقال في مسألة الكراء: "وفسدت إن انتفى عرف بتعجيل المعين"، وفي مسألة الثمر: "لا على التبقية أو الإطلاق"، وقال في مسألة حمل الطعام - عاطفا على الممنوع -: "وحمل طعام لبلد بنصفه إلا أن يقبضه الآن" ومقتضاه أن السكوت عن القبض يفسد العقد، وقال في مسألة الثياب: "ورجع للقيمة لا للتسمية ولو سكتا" اهـ.

١٨٣ هل ملك ظهر الأرض للبطن شمل

هذه قاعدة من ملك ظاهر الأرض هل يملك باطنها أم لا؟ ومن فروعها الركاز وهو دفن الجاهلية والحجارة المدفونة والزرع الكامن؛ بخلاف المخلوقة فإنها تندرج في لفظ الأرض والزرع الظاهر فإنه لا يندرج.

أما الركاز ففي آخر باب الزكاة من خ: "وباقيه لمالك الأرض ولو جيشا وإلا فلواجده وإلا دفن المصالحين فلهم إلا أن يجده رب دار بها فله"، وأما الحجارة المدفونة والزرع الكامن فقال جب: ولا تشمل الأرض الزرع الظاهر وفي الباطن روايتان؛ ولا الحجارة المدفونة على الأصح، وفي خ: "فصل تناول البناء والشجر الأرض وتناولتهما والبذر لا الزرع ومدفونا"؛ وعطف الزرع على ضمير وتناولتهما هو الصواب ليوافق المشهور اهـ. وأما ملك الأرض فهو ملك لأعلاها اتفاقا؛ ولم يخرج منه إلا إخراج الرواشن والأجنحة على الحيطان إلى طريق المسلمين إذا لم تكن مسندة

الأسفل؛ لأن الأفنية هي الموات الذي كان قابلا للإحياء لضرورة السلوك وربط الدواب وغير ذلك، ولا ضرورة في الهواء فيبقى على حاله مباحا في السكة النافذة اهـ، وفي خ - أواخر باب الشركة في تعداد ما لا يمنع - : " وباب بسكة نافذة وروشن" وهو جناح يخرج في علو حائطه "وساباط" وهو سقف على حائطين "لمالك مكتتفي طريق لمن له الجانبان" قيد في الساباط "بسكة نافذة" قيد في الروشن والساباط ولا بد من رفعهما على رؤوس الركبان رفعا بينا اهـ

معرى بمنح ملكه أو إن كمل ١٨٣

هذه قاعدة هل المعرى يملك العرية بنفس العطية أو عند كمال العرية؟ وتقدير قوله: هل معرى ملكه لما أعريه يمنح أي بنفس منحه أي إعطائه أم إن كمل هو أي ما أعريه؟

وينبني عليها الخلاف فيمن عليه السقي والزكاة، جب: الزكاة على المعرى كالسقي بخلاف الواهب، وقال أشهب: الزكاة على المعري كالموهوب إلا أن يعريه بعد الزهو، وقال سحنون: ذلك على من كانت الأصول بيده في العرية والهبة اهـ وفي خ: "وزكاتها وسقيها على المعري".

١٨٤ هل حكم متبوع لتابع منح أم حكم نفسه عليه ما يضح

١٨٥ من حلية إبار استحقاق مسائل الزكاة غرس ساقى

١٨٦ مؤذن أم بأجر من بذل مهرا كفطرة وحوز وعسل

١٨٧ ولبن كمال عبد اشترط وثمره زرع ونحو ما فرط

هذه قاعدة حكم المتبوع هل منح أي أعطى للتابع حكم نفسه؟ ويقال فيها: الأتباع هل يعطى لها حكم متبوعاتها أو حكم أنفسها؟

وأشار بقوله من حلية إلى مسألة بيع المصحف والخاتم والثوب الذي لو سبك خرج منه عين؛ والسيف المحلى إذا كانت حلية الجميع تبعا؛ فهل يجوز بصنف التبوع أم لا؟ خلاف، أما بالنقد فالمشهور الجواز خلافا لابن عبد الحكم؛ وأما بالنسيئة فالمشهور المنع خلافا لسحنون وأشهب، ثالثها لمحمد بالكراهة اهـ وفي خ - عاطفا على ما يجوز - : "وبصنفة إن كانت الثلث ولم يشترط النقد" وإنما اشترطه في بيعه بغير صنفة إذ قال قبل ذلك: "وعجل بغير صنفة مطلقا".

وبقوله إبار إلى مسألة ما أبر أكثره من الثمار هل يكون كله للبائع أم لكل حكمه؟ قولان مشهورهما الأول، جب: فإن تأبر الأكثر حكم بحكمه للجميع، ضيخ: هذا قول مالك الذي عليه أكثر أهل المذهب؛ وروي عنه أنه مثل ما لو أبر الشطر أي لكل حكمه، وقال في خ - مخرجا لما لا تتناوله الأرض في البيع -: "ولا الشجر المؤبر أو أكثره".

وبقوله استحقاق إلى مسألة ما إذا استحق الأكثر أو تلف من المثلي فهل يكون للمستحق منه الخيار في رد الجميع؛ فيكون الأقل الذي لم يستحق تبعا للأكثر المستحق أو لا يكون له ذلك؟ قولان: الأول لابن القاسم والثاني لأشهب اهـ ابن عبد السلام: فابن القاسم يجيزه في الثلث فأكثر؛ وأشهب لا يجيزه فيه ولا في الجل وما دونه ويلزمه الباقي بما ينوبه من الثمن اهـ

وبقوله مسائل الزكاة إلى فروع من الزكاة يختلف فيها هل يكون للتابع حكم المتبوع أم لا؟ منها الشاة في السن هل تخرج من جل غنم البلد أو من جل غنم المخرج وإن كانت أقل من غنم البلد؟ قولان مشهورهما الأول، وفي خ: "الإبل في كل خمس ضائنة إن لم يكن جل غنم البلد المعز وإن خالفته"، والثاني قول ابن حبيب؛ واختار اللخمي أن الأمر واسع يخرج إما من كسبه وإما من كسب أهل البلد، فتحصلت ثلاثة أقوال.

ومنها ما تخرج منه الزكاة في اجتماع النوعين من الماشية هل من الأكثر مطلقا أم لا؟ قولان: الأول لسحنون؛ والثاني لابن القاسم فإنه يفصل في ذلك على حسب ما أشار إليه في خ بقوله: "وخير الساعي إن وجبت واحدة وتساويا وإلا فمن الأكثر واثنان من كل إن تساويا أو الأقل نصابا غير وقص وإلا فالأكثر وثلاث وتساويا فمئتي وخير في الثالثة وإلا فكذلك" اهـ ومنها الحلبي المرصع بالجواهر أو غيره إن كان في نزع ضرر فهل تعتبر فيه التبعية فيزكى وزنه تحريا إن كان العين أكثر ويكون حكمه كالعرض إن كان أقل؛ أو لا يعتبر فيه تبعية ويزكى وزنه مطلقا؟ قولان مشهورهما الثاني؛ وهو ظاهر إطلاق خ في قوله في زكاة الحلبي: "وإن رصع بجوهر وزكى الزنة إن نزع فلا ضرر وإلا تحرى"

ومنها ما يسقى من الزرع والثمار بآلة وسيح وتفاوتا؛ فهل يغلب الأكثر أو يكون لكل حكمه قولان مشهوران، قال خ: "وإن سقى بهما فعلى حكميهما وهل يغلب الأكثر خلاف".

ومنها المالان أحدهما يحتكر والآخر يدار وهما غير متساويين؛ فهل يعطي الجميع حكم الاحتكار؟ وهو قول ابن الماجشون؛ أو يبقى كل نوع على حكمه؟ وهو مذهب ابن القاسم، وعليه مر خ في قوله: "ولو اجتمع إدارة واحتكار وتساويا أو احتكر الأكثر فكل على حكمه"، وتأول ابن لبابة

المدونة على إعطاء الجميع حكم الإدارة مطلقا احتكر الأقل أو الأكثر،
فالأقوال ثلاثة.

وأشار بقوله غرس إلى مسألة ما إذا ثبت أكثر الغرس أو أقله؛ فهل للغرس في الوجه الأول فيما ثبت وفيما لم يثبت أو لكل حكمه؟ وهل يبطل حقه في الجميع في الوجه الثاني أو لكل حكمه؟ وإلى مسألة ما إذا طعم أكثر الغرس فهل يسقط العمل عن الغارس أم لا؟ المتيطي: وإن غارسه إلى الإثمار فأثمر بعض الشجر ولم يثمر بعضها فقال ابن حبيب: إن كان الذي أثمر أكثر كان الباقي تبعا له؛ يريد ويقتسمان الجميع، ومثله عن ابن القاسم قال: وإن نبت اليسير وبطل الجل فلا شيء للعامل فيما نبت؛ قاله سحنون، قال بعضهم: إلا أن يكون المطعم إلى ناحية من الأرض فيقسم بينهما وتبطل المغارسة فيما سواه، وروى أصبغ عن ابن القاسم وأشهب: إذا ماتت النخل كلها إلا ثلاث نخلات فهي بينهما وبقية الأرض لربها، وقال ابن حبيب: وإذا أثمر النصف من الغرس ونحوه وكان إلى ناحية من الأرض كانت بينهما وسقط عن العامل العمل فيها ولزمه العمل في الباقي حتى يثمر؛ وإن كان مختلطا لزمه السقي والعمل في الجميع حتى يثمر كله أو جله؛ وتكون ثمرة ما أثمر بينهما قلت أو كثرت؛ وإن حيي بعض غرسه ومات البعض فما مات منه بعد بلوغ القدر الذي اشتراطه فهو بينهما وما مات قبل ذلك فلا شيء للعامل فيه وحقه باق فيما بلغ قل أو كثر اهـ و خ
لم يترجم لمسائل المغارسة ولا تكلم عليها، وألف فيها عبد الرحمن بن عبد القادر الفاسي مستدركا عليه.

وبقوله ساق - اسم فاعل من سقى والمراد به المساقى بفتح القاف - إلى مسائل من المساقاة منها بياض المساقى مع سواده هل يكون البياض الأقل تبعا للسواد الأكثر في المساقاة؟ وهو مذهبنا بشرطين أشار إليهما خ بقوله: "وكيبياض نخل أو زرع إن وافق الجزء وبذر العامل وكان ثلثا بإسقاط كلفة الثمر وإلا فسد". أما بياض النخل فلا خلاف فيه؛ وأما بياض الزرع فقال ابن سلمون: إن كان في الزرع بياض فلا يجوز أن يكون مع المساقاة على جزء واحد؛ وإن كان تبعا كيبياض الشجر؛ ويستحب لصاحب الأرض إلغاؤه اهـ ومثله للمتيطي ولم يحكى خلافه.

ومنها إذا جذ المساقى أكثر الحائط فهل يسقط عنه سقي الباقي تبعا للأكثر أم يبقى عليه سقي الأقل؟ قال المتيطي: وعلى العامل سقي الحائط كله وإن جذ بعضه أو كان أصنافا من الشجر فتأخر صنف منه حتى يفرغ من جميعه ويرده إلى ربه، وقال مطرف: كلما جذ صنفا منه انقضى سقاؤه اهـ

ومنها ما إذا كان بالحائظ أنواع مختلفة حل بيع الأقل منها هل تجوز مساقاة جميعها فيكون الأقل تبعاً للأكثر أو لا يجوز إدخال الأقل في المساقاة لأنه حل بيعه؟ والذي في الموازية الجواز.

وأشار بقوله مؤذن أم بأجر إلى مسألة الإجارة على الإمامة مع الأذان هل تجوز لكون الإمامة تبعاً للأذان أم لا؟ والأول المشهور، وفي خ: "وأجره عليه أو مع صلاة"، قال فيها: وإذا وقع فيها كأن الأجر إنما وقع على الأذان والإقامة والقيام بالمسجد لا على الصلاة اهـ وأطلق ابن حبيب المنع وأطلق ابن عبد الحكم الجواز.

وأشار بقوله من بذل مهراً إلى مسألة من بذل صداقاً ظاناً أن للمرأة مالا فانكشف الغيب بخلافه هل له مقال أم لا؟ قال في المعلم - في قوله عليه السلام: ((تنكح المرأة لمالها)) -: حجة قولنا إن المرأة إذا رفع الزوج في صداقها ليسارها ولأنها تسوق إلى بيتها من الجهاز ما جرت عادة أمثالها به وجاء الأمر بخلافه إن للزوج مقالا في ذلك؛ فيحط من الصداق الزيادة التي زادها لأجل الجهاز على الأصح عندنا إذا كان المقصود من الجهاز في حكم التبع لاستباحة البضع؛ كمن اشترى سلعتين فاستحق أدناهما فإن البيع ينتقض في قدر المستحقة اهـ وقبله ابن غازي ونقله على قول خ: "ولو طوِّب بصداقها لموتها فطالبهم بإبراز جهازها لم يلزمهم على المقول" وقال المقرئ: ومن بذل صداقاً ظاناً أن للمرأة مالا فانكشف الغيب بخلافه؛ فإن قلنا بالأول فله الفسخ لفوات مقصوده عين الانتفاع؛ وإن قلنا بالثاني أمكن أن يقال لا قسط لها من الثمن فيسقط مقابله؛ أو لها قسط فيحط عنه بنحو ما فاتته من المقصود؛ قياساً على الاستحقاق في البياعات أن المستحق إن كان تبعاً فلا يفسخ العقد في الجميع وفيه خلاف اهـ

وبقوله كفطرة إلى إخراجها من جل عيش البلد أو عيش المؤدي؛ الأول المشهور والثاني لأشهب وابن المواز إلا أن يشح على نفسه وعباله واختاره ابن العربي، وقال اللخمي: إن شاء أخرج من قوته أو من قوت البلد الذي هو فيه؛ وفيها من جل عيشهم وفي خ: "من أغلب القوت".

وبقوله وحوز إلى مسألة من حبس أو تصدق على الأصغر وحاز الأكثر فهل يصح الجميع لكون الأقل تبعاً للأكثر أم يبطل الأقل؟ وإن حاز الأقل هل يبطل الجميع لكون الأقل تبعاً للأكثر أم يعطى الأقل حكم نفسه؟ مذهب المدونة أن الأقل تبع للأكثر؛ وقال مطرف وابن الماجشون: لكل حكمه؛ وقال أصبغ: إن كان دوراً بطل ما سكن منها ويصح غيرها بخلاف دار واحدة؛ فإنه ينظر إلى ما سكن فإن كان يسيراً جازت كلها وإن كان أكثر

بطل ما سكن وجاز باقيها اهـ. وفي خ: "ودار سكناه إلا أن يسكن أقلها ويكري لهم الأكثر وإن سكن النصف بطل فقط والأكثر بطل الجميع".
وبقوله وعسل إلى بيع العسل بالنحل إذ لا عسل في النحل، ولبن إلى بيع شاة فيها لبن بلبن إلى أجل يكون فيه للشاة لبن؛ قال القباب في شرح قول ابن جماعة: ويجوز بيع الدجاجة بالبيض وإن كان فيها بيض يدا بيد؛ ولا يجوز إلى أجل اهـ

قال ابن رشد: المانع في المسائل المذكورة إنما هو للمزابنة، وتكون في الصنف الواحد وفي الصنفين، أما الصنفان فإن المزابنة لا تدخله إلا في النسب؛ وذلك على وجهين: أحدهما أن يبيع منه شيئاً بما تحول عينه فيه إلى أجل، والثاني أن يبيع منه شيئاً يتولد عنه مع بقاء عينه إلى أجل، أما إذا باع شيئاً بما يتولد منه مع بقاء عينه إلى أجل فذلك على وجهين: أحدهما أن يكون أصل التولد منه موجوداً حال العقد، والثاني أن لا يكون فيه وإنما يحدث بعده، فأما إذا كان أصل المتولد موجوداً فيه مثل أن يبيع منه شاة لبونا بلبن إلى أجل أو دجاجة بياضة ببيض إلى أجل وما أشبه ذلك فهو وجه يتحصل فيه أربعة أقوال:

أحدها أن ذلك لا يجوز كانت الشاة هي المعجلة أو المؤجلة؛ وهو قول مالك الذي رواه عنه ابن القاسم في العتبية؛ قال ابن القاسم: سمعت مالكا رضي الله عنه يقول لا خير في الشاة اللبون باللبن إلى أجل فذلك الذي لا نشك فيه قط؛ ولم يختلف عليه قوله إنه حرام لا يجوز؛ وقاله أصبغ وذلك أيضا ظاهر ما في المدونة.

والثاني أن ذلك جائز كانت الشاة هي المعجلة أو المؤجلة؛ وهو قول ابن القاسم في سماع أبي زيد؛ وفي سماع عيسى عنه أيضا: لا بأس بالدجاجة البياضة بالبيض إلى أجل؛ وهو أظهر الأقوال بدليل اتفاقهم على بيع الشاة اللبون باللبن نقدا أو بالطعام نقدا أو إلى أجل.

والثالث أن ذلك جائز إذا كانت الشاة هي المؤجلة وغير جائز إذا كانت هي المعجلة؛ وهو قول ابن القاسم أيضا واختيار سحنون وهو مذهب ابن حبيب؛ وهو ضعيف في الشاة باللبن إلى أجل لأن المزابنة لا تدخله لأن اللبن لا يبقى إلى أجل دون أن يتغير؛ وإنما يعطيه عند الأجل من لبن غير تلك الشاة؛ وإنما يكون لهذه التفرقة وجه في بيع الشاة اللبون بالجبن إلى أجل؛ لأنه يمكن أن يجمع لبن شاة فيعمل منه جبنا يعطيه إياه عند الأجل.

والرابع عكس هذه التفرقة وهو قول أشهب؛ ووجهه أن الشاة إذا كانت هي المعجلة كان اللبن فيها ملغى في حكم التبع؛ لاحتمال أن يكونا لم يقصداه؛ وإذا كانت هي المؤجلة علم أنهما قصداه إذ قد شرطاه.

وأما إذا لم يكن الشيء موجودا فيه حين العقد وإنما يحدث بعده كبيع شاة لا لبن فيها إلى أجل يكون فيه للشاة لبن؛ أو دجاجة لا بيض فيها ببيض إلى أجل يكون فيه للدجاجة بيض؛ أو ذباب نحل بعسل إلى أجل يكون فيه للذباب عسل؛ أو نخلا لا تمر فيه إلى أجل يكون فيه للنخل تمر؛ ففي ذلك قولان: أحدهما أن ذلك جائز وهو قول ابن حبيب في الواضحة في المسائل كلها؛ وقول ابن القاسم في سماع عيسى في الدجاجة وفي النخل، والثاني أن ذلك لا يجوز وهو قول ابن القاسم أيضا وروايته عن مالك في رسم نقدها من سماع عيسى.

وأما إذا لم يكن للشاة لبن أو للنخل تمر أو للذباب عسل أو للدجاج بيض إلى ذلك الأجل فلا اختلاف في أن ذلك جائز.

وأشار الناظم بقوله كمال عبد اشترط وثمر زرع إلى مسألة اشتراء العبد واشتراط ماله؛ واشتراء أصل الثمر والزرع المؤبرين واشتراطهما؛ ولا خلاف في الجواز، وهو في العبد والثمر نص الحديث النبوي: قال صلى الله عليه وسلم: ((من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع)) وفي خ "ولا الشجر المؤبر أو أكثره إلا بشرط كالمنعقد ومال العبد"، لكن اختلف في جواز اشتراط المشتري للبعض من مال العبد والثمر والزرع؛ والمشهور هو قول مالك المنع؛ والجواز لأشهب.

وأشار بقوله ونحو ما فرط إلى ما أشبه الاستحقاق وهو وجود العيب فإن باب الاستحقاق في ذلك مثل العيب؛ وفي بعض نسخ خ: "وإن استحق بعض فكالعيب"، وقال المواق - في قول خ: "ولا يجوز التمسك بأقل استحق أكثره" -: صوابه عيب أكثره. وإلى ما أشبه الفطرة وهو الكفارة فهل المعتبر فيها قوت المكفر أو قوت أهل بلده؟ قولان. وإلى ما أشبه مسألة الزرع كاشتراط خلفه الفصيل. وإلى ما أشبه بعض ما بقي كالخنثى إذا بال من المحلي هل ينظر إلى الأكثر فيحكم له به أو لا؟ أجراه ابن يونس على هذا الأصل، وفي خ: "فإن بال من واحد أو كان أكثر أو أسبق أو نبتت لحية أو ثدي أو حصل حيض أو مني فلا إشكال". وإذا كان بعض العاقلة بالبادية وبعضها بالحاضرة فنص فيها على أنه لا يعقل أهل البدو مع أهل الحضرة؛ إذ لا يكون في دية واحدة إبل وذهب، وفي خ: "ولا دخول لبدوي مع حضري ولا شامي مع مصري مطلقا"، وذهب عبد المالك وأشهب إلى إضافة الأقل في ذلك إلى الأكثر.

١٨٨	وهل له قسط من الحق ففي	رهن إمامة وحلية قفي
١٨٩	ومال عبد خلفه زرع ثمر	دالية وشبهها من الصور
١٩٠	مما استحق وأجبح والغرر	والعيب والعطلة معناه ظهر

هذه قاعدة هل للتابع في التعاوض قسط من الثمن أم لا؟ وأتبع هذا الأصل في رهن وما ذكر.

أشار برهن إلى اشتراط رهن الغرر في عقد البيع كاشتراط رهن الأبق أو البعير الشارد؛ وفيه قولان بالجواز والمنع؛ والمشهور الجواز بناء على أنه لا حصة له من الثمن أو له حصة، وظاهر المذهب أن الرهن لا حصة له من الثمن، والقولان قائمان من المدونة. وبقوله إمامة إلى مسألة الإجارة على الإمامة مع الأذان. وبقوله وحلية إلى مسألة بيع حلية المصحف والسيف مثلا. وبمال عبد إلى اشتراط مال العبد وخلفة الفصيل والزرع والتمر المؤبر والدالية في الدار المكتراة تشترط ثمرتها التي لم تخلق أو لم تزره.

أما مال العبد فالمراد اشتراطه حيث يشتري العبد لما لا يجوز أن يشتري به ذلك المال استقلالا؛ كما لو بيع العبد وماله بدراهم وماله فضة؛ أو بدنانير وماله ذهب؛ أو بدنانير إلى أجل وماله فضة وبالعكس؛ أو بطعام ربوي وماله من جنس ذلك الطعام؛ أو بمطلق الطعام إلى أجل وماله طعام، وهكذا في مسائل المنع فهل لماله التبع قسط من الثمن أم لا؟ خلاف.

وأما الدالية فقال ابن سلمون: فإن كان في الدار ثمرة فاشتراطها المكثري فإن كانت قد بدا صلاحها فذلك جائز قليلة أو كثيرة؛ وإن لم يبد صلاحها فإن كانت قيمتها بعد إخراج سقيها وعلاجها ثلث كراء المدة فأقل وكانت تطيب قبل تمام المدة جاز اشتراطها؛ وإن كانت تطيب بعد تمام المدة فلا يجوز اشتراطها. قال المتيطي: فإن اشترط المكثري الثمرة وهي الثلث فانهدمت الدار في نصف السنة والثمرة لم تطب فهي لربها وعلى المكثري ثلث الكراء إن كانت الأشهر متساوية القيم؛ وإن كانت مختلفة فض ثلث الكراء عليها؛ فما ناب ما سكن من ذلك أداه، وإن كانت الثمرة قد طابت فقال ابن المواز: هي لربها كما لو لم تطب؛ ويفعل في الكراء كما تقدم؛ وروى عيسى عن ابن القاسم: أنها للمكثري ويلزمه ثلث الكراء ويأخذ ذلك المكثري ويتفاسخان باقي المدة. وقال يحيى بن عمر: إن كانت الثمرة تبعا لكراء الأشهر التي سكن المكثري فهي له وإلا فلا اهـ.

وقوله وشبهها من الصور أي شبه الدالية كالسدرة والنخلة؛ ففي المدونة قال ابن القاسم: من اكترى دارا وفيها سدرة أو دالية عنب أو أرضا وفيها نبد من نخل أو شجر ولا ثمرة فيها حينئذ أو فيها ثمرة لم تزه؛ فالثمرة للمكري إلا أن يشترط المكثري ذلك.

وقوله بما استحق أو أجيح الخ الباء ظرفية تتعلق بظهر؛ أي معنى هذا الأصل ظهر فيما استحق وما عطف عليه؛ أي ظهرت فائدته فيما ذكر أو بسببه؛ فاستحقاق القليل لا يفسخ به البيع ويجعل تابعا لما لم يستحق وكأنه لم يستحق شيء أصلا باعتبار الفسخ؛ بخلاف الكثير وهو الجل فإنه يفسخ كثوب من ثلاثة متساوية القيمة مثلا أو ثوبين منها؛ أو العيب في واحد منها أو اثنين، وكذا إذا أجيح من الثمار ما دون الثلث فلا رجوع للمشتري؛ بخلاف الثلث فأكثر فيرجع بما قابله من الثمن، والغرر في البيع بعضه معفو إذ لا يكاد يخلو بيع عنه؛ وفسر الباجي ذلك البعض باليسير، وزاد المازري مع اليسارة قيدين آخرين: أن يكون غير مقصود وأن يكون محتاجا إليه، وفي خ في البيوع الفاسدة: "واغتفر غرر يسير للحاجة لم يقصد".

وقوله وعطلة أشار به إلى العطلة بالأيام القليلة تقع للإمام المستأجر على الإمامة والأذان؛ قال المتيطي: ويحسب على الإمام الكثير من مرضه أو مغيبه دون القليل، وأما إن غاب الجمعة ونحوها فلا بأس بذلك ولا يحط من الأجرة شيء قاله غير واحد من القرويين، ابن يونس: اختلف شيوخنا هل تسقط حصة للعطلة من الأجرة أم لا؟ بناء على أن الأتباع هل لها حصة من الثمن أم لا؟

١٩١	هل اليسارة بنفس تعتبر	أم نسبة عليه دينار ذكر
١٩٢	في البيع مع صرف وأول قبل	ثلث ودرهم على الثاني نقل
١٩٣	وكثرة الثلث في المعاقلة	جائحة خف وحمل العاقلة
١٩٤	وزنب الأضحية والذي استحق	من فندق وشبهه قاض يحق
١٩٥	إن ينقسم كدار سكنى وردف	لا ضر لا نقص وفي العيب اختلف
١٩٦	في الدار كالمثلي مطلقا كما	في زنب ونذر نصف علما
١٩٧	في الشيء من أشياء مطلقا كذا	جزء عروض يستحق فكذا
١٩٨	إن أمكن القسم وخير إن عدم	ونذر ما عين حبسه حرم
١٩٩	أما مسائل الوصايا والغلث	تبرع العرس فمن نزر الثلث
٢٠٠	في قصدها الأذى خلاف وثمر	كصبرة دالية ومن ذكر
٢٠١	عينا فمناه وبياض قد ألف	في إذن أضحية تردد عرف
٢٠٢	كحلية والحوز والإبار	مسائل الزكاة غرس جاري
٢٠٣	تبرع المريض أو حابي وما	ضمن كالغرس كشين علما

هذه قاعدة هل تعتبر اليسارة من اليسير في نفسها أم تعتبر بالنسبة؟ كاجتماع البيع والصرف في دينار واحد؛ ذكر هذا الأصل في هذه المسألة؛ هل تشترط في الدينار التبعية أم لا؟ ثم في كون التابع الثلث أو الدرهم فما دونه؛ ويحكى عن المدونة نفي اشتراط التبعية بل كيفما كان فهو جائز لأن الضرورة داعية إلى الوقوع في مثل هذا كثيرا، والقول الثاني عدم الجواز إلا بشرط التبعية؛ إما بأن يكون البيع تابعا للصرف أو العكس والتابع هو الثلث فأقل، والقول الثالث لا يجوز البيع والصرف في دينار إلا أن يكون يسيرا؛ مثل أن يصرف دينارا بعشرة دراهم فيعجز الدرهم أو النصف فيدفع إليه عرضا بقدره لتحقق الضرورة وهو قول عبد الوهاب اهـ وعلى الأول مر في خ إذ قال - عاطفا على ما يمنع - : "وبيع وصرف إلا أن يكون الجميع دينارا".

وأشار الناظم بقوله وأول قبل أي القول بأن اليسارة معتبرة في نفسها في الدينار لا بالتبعية إلى قول المقرري: نفي اشتراط التبعية مما تلقوه بالقبول من استقرارات التونسي.

وقوله وثلت ودرهم على الثاني أي كون اليسارة إضافية ونسبية بني عليه قولان: الأول أن التابع الثلث، والثاني أنه درهم، ولابن القاسم في الموازية قول رابع: جواز كون الصرف في الدينار الواحد تابعا للثلث فأقل؛ ومنع عكسه وهو كون البيع تابعا. ثم أن الناظم جزم بكون الثلث كثيرا في سبع مسائل:

الأولى: العاقلة أي معاقلة المرأة للرجل؛ فإنها تعاقله إلى ثلث ديته فإذا بلغته رجعت إلى ثلث ديتها؛ فلها في ثلاث أصابع ونصف أنملة إحدى وثلاثين بعيرا وتلثي بعير هي والرجل في هذا سواء، وإذا أصيب منها ثلاث وأنملة رجعت إلى عقلها فكان لها في ذلك ستة عشر بعيرا وثلث بعير على هذا إجماع أهل المدينة، وقول ابن المسيب لربيعه حين قال له حين عظم جرحها واشتدت مصيبتها نقص عقلها: إنما هي السنة يا ابن أخي يدل على أنه أرسله عن النبي صلى الله عليه وسلم.

الثانية الجائحة في الثمار؛ فإنه يوضع فيها عن المشتري الثلث فأكثر ويرجع بما يقابله من الثمن وما دون الثلث مصيبة نزلت به، وفي خ: "وتوضع جائحة الثمار كالموز والمقائي وإن بيعت على الجذ ومن عريته لا مهر إن بلغت ثلث المكيلة" اهـ فالثلث كثير في الجميع اتفاقا، وروي عن أشهب أن المقائي يوضع فيها القليل والكثير؛ ووضع الكثير والقليل في البقول هو المشهور؛ وفي خ: "وتوضع من العطش وإن قلت كالبقول".

الثالثة: الخف إذا تخرق؛ فإن كان الشق ثلث القدم فأكثر لم يمسح عليه؛ وإن كان دون الثلث مسح إن كان متصلا لا يظهر منه الأصل؛ أو يكون كالثقب الضيق لا يمكن فيه غسل ما ظهر، ولا خلاف في كون الثلث هنا كثيرا، وفي خ: "فلا يمسح واسع ومحرق قدر ثلث القدم وإن يشك لا أقل إن التصق".

الرابعة: حمل العاقلة؛ فإنها تحمل من جناية الخطأ الثلث فأكثر وما دون الثلث فعلى الجاني؛ ولا خلاف أن العاقلة تحمل الثلث؛ ووقع الخلاف خارج المذهب أنها تحمل ما دون الثلث، وفي خ: "ونجمت دية الحر الخطأ بلا اعتراف على العاقلة والجاني إن بلغت ثلث دية المجني عليه أو الجاني وما لم يبلغ فحال عليه"، ولعبد الملك أن المعتبر ثلث دية الرجل مطلقا فالأقوال ثلاثة، وفي هذه المسائل الثلاث يقول ابن غازي:

الثلث نزر في سوى المعاقلة وفي الحوائج وحمل العاقلة

الخامسة: ذنب الأضحية؛ أي قطع ذنب الأضحية فإن الثلث فيه كثير لا يغتفر على الصحيح الذي اعتمده خ - عاطفا على ما يمنع الإجزاء - : "وذاهبة ثلث ذنب".

السادسة: استحقاق الشيء من كفندق؛ كالدار الجامعة تسكنها الجماعة يستحق منها جزء شائع؛ فإن استحق منها سهم دون الثلث لزم البيع في الباقي؛ وإن استحق الثلث فأكثر رد الباقي، وقول الناظم وشبهه يعني دار الخراج.

السابعة: على ما قال القاضي أبو الوليد بن رشد - وهو مراد الناظم بقاوض والتكثير للتعظيم - : دار السكنى إن كانت تنقسم دون نقص في الثمن ويصير لكل حظ من الساحة وباب على حدته؛ فإن استحق الثلث فأكثر رد الباقي، وإن كان المستحق أقل لزم الباقي بحصته؛ بخلاف ما إذا كانت الدار لا تنقسم أو كان في القسمة نقص في الثمن أو ضرر فله رد الجميع باستحقاق ما دون الثلث، أشار إلى هذا الناظم بقوله: قاض يحق أن ينقسم كدار سكنى وردف لا ضرر لا نقص؛ أي القاضي ابن رشد يحق كون الثلث كثيرا - إي يثبته من حقت الشيء بمعنى أثبته - أن ينقسم المستحق كدار سكنى؛ وردف أي تبع نفي الضرر والنقص، ففاعل ردف هو معنى النفي في قوله لا ضرر لا نقص؛ أي ردف مضمن هذا الكلام.

ثم أشار الناظم إلى ما اختلف فيه في كون الثلث كثيرا بقوله: وفي العيب اختلف إلى قوله وفي ذنب، وذلك في ثلاث مسائل:

الأولى: الدار فإن اليسير من المعيب لا ترد به ويرجع بقيمته، واختلف في حد اليسير على أقوال خمسة ذكرها في ضيخ؛ وأشار إليها في خ بقوله: "كعيب قل بدار وفي قدره تردد"، ابن عرفة: وفي حد الكثير بثلث الثمن أو رבעه، ثالثها ما قيمته عشرة مثاقيل، ورابعها عشرة من مائة، وخامسها لا حد لما به الرد إلا ما أضر لابن عبد الرحمن وعايض عن ابن عتاب وعن ابن القطان وابن رشد ونقل عياض اهـ. ونسب ما لابن عبد الرحمن للواضحة؛ واستحسنه ابن السراج وابن علاف وبه العمل عندهما.

الثانية: المثلي في استحقاق البعض منه أو عيبه؛ وهو معنى قول الناظم مطلقا، فإن كان المستحق أو المعيب يسيرا لزمه الباقي بحصته؛ وإن كان كثيرا فإنه يخير في التمسك بالباقي بحصته أو فسخ العقد عن نفسه على مذهب ابن القاسم؛ خلافا لأشهب فإنه لا يرى الخيار في المثلي بالجل ولا دونه كما تقدم ذلك في قول الناظم: هل حكم متبوع لتابع منح اهـ وقيل إنما يخير في الطعام في النصف، وفي ابن يونس يخير فيه بالربع، وفي خ: "وحرّم التمسك بالأقل إلا المثلي - أي فيلزم المشتري باقيه بحصته من

الثلث - ولا كلام لواجد في قليل لا ينفك كقاع وإن انفك فللبائع إلزام الربع بحصته لا أكثر وليس للمشتري إلزامه بحصته مطلقاً".

الثالثة: قطع ذنب الأضحية اختلف فيه هل الثلث منه كثير أو يسير؟ وجزم في المسائل السبع السابقة بأنه كثير لأنه المشهور كما تقدم. ثم أشار الناظم إلى الذي جزم فيه ببسارة الثلث وذلك في ثمان مسائل: الوصايا إلى قوله قد ألف.

الأولى: الوصية بالثلث فما دونه فإنها نافذة لازمة للورثة؛ بخلاف ما زاد عليه فلم يرد، ولا خلاف هنا أن الثلث يسير.

الثانية: الغلت بالغين المعجمة وبالمهملة؛ وهو ما يكون في الطعام من الزؤان والمدر: إن كان الغلت أكثر من الثلث وجب أن يغربل وإن كان دون الثلث فمستحب. وفي خ في القسمة: "ووجب غرلة قمح كبيع إن زاد غلته عن الثلث وإلا نذبت"، ومثل القسم والبيع في ذلك الكفارة.

الثالثة: تبرع العرس - أي الزوجة - فإن الثلث فيه يسير ليس للزوج رده؛ وإن تبرعت بأكثر منه فله رده مع الزائد، وفي خ في الحجر: "وعلى الزوجة لزوجها ولو عبداً في تبرع زاد على ثلثها وإن بكفالة"، ثم قال: "وله رد الجميع إن تبرعت بزائد"، وقول الناظم في قصدها الأذى خلاف أي في قصد الزوجة الأذى لزوجها بتبرعها؛ هل يردده الزوج؟ وهو قول مطرف وابن الماجشون وأشهب عن مالك، أو لا يردده؟ وهو قول ابن القاسم في روايته عنه، وروى عنه سحنون وأصبغ أنه يرد الثلث لا ما دونه، فالأقوال في ذلك ثلاثة، ومثلها في الوصية لقصد الإضرار بالورثة.

الرابعة: الثمر والصبيرة؛ أي استثناء قدر الثلث من الثمار في بيعها أو استثناء قدر الثلث من الصبيرة في بيعها، أما الأول فهو جائز اتفاقاً، وأما الثاني فعلى المشهور؛ واعتمده في خ عاطفاً على الجائز: "وصبيرة وثمره واستثناء قدر الثلث"، ومنع ابن الماجشون أن يستثنى من الصبيرة قليل أو كثير.

الخامسة: الدالية أي دالية عنب أو سدر أو نخلة يكون ذلك في الأرض المكتراة أو الدار؛ سواء وجدت ثمرتها حينئذ أم لم توجد فيدخلها المكتري في الكراء؛ فإنه جائز إذا كانت بالنسبة للكراء يسيرة الثلث فأقل على ما بلغ ابن القاسم عن مالك؛ ولم يبلغ الثلث في سماعه؛ واعتمد في خ الأول إذ قال في الإجارة: "وشجر لتجفيف عليها على الأحسن لا لأخذ ثمرتها أو شاة للبنها واغتفر ما في الأرض ما لم يزد على الثلث بالتقويم".

السادسة: من ذكر غبنا أو قام به فالثلث عنده يسير؛ والمشهور من المذهب عدم القيام بالغبن؛ وعلى القول بأنه يقال به فالغبن قيل هو الثلث وقيل ما

خرج عن المعتاد، والمتفق على اعتباره من الغبن هو البيع على الغير كبيع الوكيل على موكله وهذا لا يوصل فيه إلى الثلث ولا إلى ما قاربه؛ بل إذا خرج عن الثمن المعتاد في ذلك المبيع صح القيام به. قال ابن عبد السلام: وظاهر كلام جب أنه لا فرق بين المتفق عليه والمختلف فيه في قوله والغبن قيل الثلث وقيل ما خرج عن المعتاد اهـ وفي خ: "ولا قيام بغبن ولو خالف العادة وهل إلا أن يستسلم ويخبره بجهله أو يستأمنه تردد".

السابعة: البياض في المساقاة؛ فإنه لا يساقي إلا تبعا والتبع الثلث فدونه، وفي خ: "كبياض نخل أو زرع إن وافق الجزء وبذره العامل وكان ثلثا بإسقاط كلفة الثمرة".

ومن يسارة الثلث أيضا ولم يذكره الناظم استثناء المحبس من حبسه ما يسكنه أو ينتفع به في حياته على لحوقه الحبس بعد موته بعقده الأول؛ فإنه يجوز إن كان ثلث قيمته فأقل وعينت البينة ما لم يستثنه خاليا من متاعه، فإن كان أكثر بطل جميعه إن كان باقيه لصغير ولده وإن كان لغيره صح إن حيز عنه؛ وإن لم يلحقه به بعقده وأبقاه على أن يلحقه به بعد وفاته فهو وصية بتحبيسه.

ومنها أيضا مسألة البائع يستثنى نخلات غير معينة من جنانه ليختارها؛ وفي جوازها وهو قول مالك، وفي خ: "إلا البائع يستثنى خمسا من جنانه"، ومثله في جب قال في ضيح: ومراده باليسير قدر الثلث فأدنى اهـ

ثم ذكر الناظم ثلاث مسائل تردد فيها في يسارة الثلث بقوله في أذن أضحية تردد عرف كحلية والحرز والتردد الخلاف.

الأولى: أذن الأضحية؛ أي قطع شيء منها فهل قطع الثلث من حيز الكثير فلا تجزئ معه أو من اليسير فلا يضر؟ قولان؛ نص ابن حبيب على أنه كثير، وقال الباجي: الصحيح أنه يسير، واعتمده في خ بقوله: "وذاهبة ثلث ذنب لا أذن".

الثانية: ثلث الحلية هل هو يسير أو كثير؟ خلاف؛ ففي جب: فإن كان بغير صنفه فإن كان تبعا جاز معجلا وفي المؤجل قولان، قال: والتبع الثلث وقيل دونه وقيل النصف؛ ضيح: الأول هو المذهب، وفي خ: "وبصنفه إن كانت الثلث فأقل".

الثالثة: الحوز فيمن حبس دارا أو دورا وهو في بعضها وحيز الباقي، وتقدمت المسألة في قول الناظم هل حكم متبوع لتابع منح.

وأما قول الناظم والإبار إلى قوله وغرس جار فليس مما تردد فيه من حيث حد اليسير كما يوهمه صنيعه؛ وإنما هو مما اختلف فيه من حيث أن الأقل يعطى حكم الأكثر أو حكم نفسه كما تقدم.

وأما قوله تبرع المريض الخ فليس أيضا مما تردد فيه من حيث اليسير وإنما تردد فيه من حيث الرد والإيقاف؛ فإن تبرع المريض بهبة أو صدقة أو عاوض بمحابة فهل يمضى تبرعه وما حابى به أو يوقف إلى الموت لاحتمال زيادته عند الموت على الثلث؟ أو الفرق بين أن يكون ماله مأمونا كالربع والعقار فيمضى تبرعه وبين أن لا يوقف؟ أقوال مشهورها الثالث؛ ومشى عليه في خ إذ قال: "ووقف تبرعه إلا لمال مأمون وهو العقار فإن مات فمن الثلث وإلا مضى".

وأما ضمان الزوجة وهو المراد بقوله وما ضمن كالعرس فيجوز بالثلث وما زاد عليه يسيرا كالدينار، ولا خلاف في منعها في ما زاد على الثلث إذا كان الغريم معسرا؛ وأما إن كان موسرا فقال اللخمي: منعه ابن القاسم وأجازه ابن الماجشون، وهذا أشبه لأن الغالب السلامة، وفي خ: "وإن بكفالة"، وأدخل الناظم بقوله كالعرس ضمان المريض أو فاعل ضمن ضمير المريض؛ ومذهب المدونة جواز كفالة المريض بالثلث؛ وفي خ فيمن يصح ضمانه: "وزوجة ومريض بثلث".

وأما قوله كاشين علما فإشارة إلى مثلة المرأة بعدها؛ ولا خلاف أنها إن مثلت بعدد قيمته الثلث أنه يعتق عليها من غير توقف على رضى الزوج؛ وكذا إذا زاد على الثلث ورضى الزوج؛ وإنما الخلاف إذا رده، والقول بأنه يتوقف على رضاه لسحنون وابن القاسم، وفي خ: "وبالحكم إن عمد لشين برقيقه أو رقيق رقيقه أو لولد صغير غير سفیه وعبد وذمي بمثله وزوجة ومريض في زائد الثلث"، ومقابلته لأشهب، ومنشأ الخلاف هل العتق بالمثلة حد من الحدود يوجب العتق مطلقا أو ليس كذلك؟ وينظر إلى من يجوز عتقه ابتداء فيعتق عليه، ولذا اختلف في العبد والمديان. وإن مثل المريض عتق في ثلثه؛ وإن صح ففي رأس ماله كما في ضيخ.

وأما قول الناظم ونزر نصف علما إلى قوله وخير إن عدم؛ فإنه تكلم فيه على كون النصف يسيرا أو الكثير ما فوقه، وهو المراد عندهم بوجه الصفقة؛ كما إذا تعدد المبيع المقوم فإن استحق بعضه أو اطلع على عيبه؛ فإن كان ذلك وجه الصفقة وهو ما فوق النصف كخمسة ثياب متساوية القيم يستحق منها ثلاثة معيبة أو يثبت عيبها ففي العيب يخير المشتري بين أن يتماسك بالجميع أو يرد الجميع، وفي الاستحقاق يتعين رد الباقي على المشهور، وإن كان ذلك في النصف فأقل ففي العيب ليس له إلا رد المعيب بحصته يوم عقده، وفي الاستحقاق يرجع بما ينوب المستحق وليس له رد الباقي، هذا معنى قول الناظم في الشيء مطلقا أي في الاستحقاق والعيب؛ وقوله كذا جزء عروض يستحق فكذا إن أمكن القسم وخير إن عدم؛ يريد

بالجزء الجزء الشائع وبالعرض ما عدا الدور والطعام وما في معناه من المكيل والموزون، فالعرض المنقسم إذا استحق منه جزء شائع فإن كان المستحق النصف فأقل فلا يكون للمشتري إلا الرجوع بقيمة ما استحق؛ فإن كان أكثر من النصف فهو مخير في التمسك بالباقي أو الرد؛ بخلاف ما لا ينقسم فله الرد مطلقا كان السهم المستحق يسيرا أو كثيرا لضرر الشركة، هذا هو الصواب في نقل المذهب. وأما الطعام وما في معناه من الموزون والمعدود فاستحقاق الثلث فأعلى فيه كثير، ابن رشد: والدار إن استحق عشرها أو أقل منه وكانت لا تنقسم أعشارا فله رد جميعها بخلاف ما إذا كانت تنقسم اهـ وبهذا التفصيل عكر المواق على قول خ: "أو استحق جزء شائع وإن قل" بعد قوله: "وخير المشتري إن غيب أو عيب" فأطلق خ في استحقاق الشائع.

وأما قول الناظم ونزر ما عين حبسه حرم فقد تقدم في التقرير وهو معنى قوله في خ: "ولا يجوز التمسك بأقل استحق أكثره" اهـ لأن العقد قد انحل بالاستحقاق فتمسك المشتري بباقيه كأنشاء عقده بثمن مجهول؛ إذ لا تعلم نسبة الجزء الباقي إلا بعد تقويم المبيع على الانفراد ونسبة كل من الأجزاء المعينة إلى مجموع الصفقة، وخالف ابن حبيب فرأى جواز ذلك لأن هذه جهالة طرأت بعد تمام العقد فصارت بمنزلة الجهالة الطارئة إذا اطلع على عيب بالمبيع؛ وبناء على أحد قولي ابن القاسم في جواز جمع الرجلين سلعتيهما.

فصل: فيما يتعلق بمسائل من المديان والتفليس والوكالة والغصب والشفعة والقرض والقراض والمساقاة والجعل وتضمين الصناع .

٢٠٤ هل قبض ملك قبض مالك كما في فلس غزل وشبه علما

هذه قاعدة هل قبض المملوك قبض المالك أم لا؟ بمعنى أن المملوكات هل هي قابضة على ملاكها أم لا؟ كما علم في مسألة الفلس أي فلس المكتري لدابة أو سفينة؛ هل مكريهما أي ربهما أحق بما حملتاه؟ أو فلس مكتري الأرض فهل ربها أحق بزرها أم لا؟ قال مالك: رب جميع ذلك أولى من غيره من الغرماء في محمول دابته أو سفينته أو ما نبت في أرضه؛ كأن ذلك قابض لربه كالرهن؛ سواء أسلم دوابه إلى المكتري أو كان معها ورب المتاع معه أم لا في الموت والفلس، ابن حبيب: وهذا ما دام المتاع بيده؛ فإن أسلمه لم يكن أحق به؛ كالصناع إذا أسلموا المتاع أو لم يسلموه الحكم واحد، وفي خ: "وربها - يعني الدابة - بالمحمول وإن لم يكن معها ما لم يقبضه ربه"، ابن يونس: جعلوا الدابة بخلاف الدار؛ وكأن ظهور الإبل حائزة لما عليها على سبيل التنمية اهـ وقيل إنه لا يكون أحق به في الفلس والموت؛ وقيل إنه أحق به في الفلس دون الموت، وفي خ في مسألة الأرض: "وقوم في زرعها في الفلس" المازري: مذهب مالك وجميع أصحابه أن رب الأرض أحق بزرها في الفلس، وفي ضيح أن قول ابن القاسم وأصبع في الموازية أنه أحق به في الموت والفلس اهـ وقيل إن مكري الأرض وساقى الزرع يتحاصن فلا تبادية لأحدهما على الآخر؛ وقيل الأجير مقدم على مكري الأرض؛ وقيل هما أسوة الغرماء.

وأشار بقوله غزل إلى مسألة من دفع غزلا لحائك ينسجه ويزيده غزلا سلفا فنسجه هل يكون شريكا أو له أجر مثله؟ بخلاف الصانع يكون شريكه يعني مسألة حائك استؤجر لنسج الشقة على أن يزيد عنده غزلا سلفا فكان فاسدا؛ فقيل الشقة كلها للمستأجر وعليه مثل غزل الأجير وفسر به أبو محمد وهذا بناء على النفي؛ وقيل شريكان وهذا بناء على الإثبات؛ كمسألة مستأجر صانع على تمويه سيف على أن يسلف من عنده؛ فقال محمد: لا يجوز ذلك ويكون لصاحب السيف ويرد السيف وعليه أجره المثل، بخلاف من استؤجر على صوغ خلخالين من مائة وخمسين يعطيه مائة ويسلفه خمسين فإنهما شريكان اهـ قال المتيطي في مسألة الحائك والمموه: ولا تجوز الإجارة والسلف، قال في المدونة: فمن استأجر حائكا بعشرة دراهم لينسج له ثوبا ويسلفه فيه رطل غزل لا يجوز، واختلف إذا نزل فقيل هما شريكان في الثوب وعلى المستأجر الأقل من المسمى أو أجر المثل فيما

ينوب حصته، وقيل الثوب كله للمستأجر وعليه مثل الغزل وأجرة المثل لأن الربا قد تم بينهما، وقال محمد: هما شريكان وعليه للصانع أجر مثله فيما ينوب حصته من المسمى، ولو قال موه في هذا اللجام بعشرين درهما سلفا وأجرتك عشرة؛ فقال مالك: عليه العشرون وأجرة المثل اهـ
وقوله وشبهه علما: من ذلك الشيء المصنوع إذا ضاع من غير سبب الصانع؛ هل يستحق الصانع أجرته أم لا؟ قولان، قال ابن المواز: يستحق جميع أجرته؛ وقال ابن القاسم: لا يكون له شيء، وسبب الخلاف: هل يكون المصنوع قابضا للصنعة وإن لم يقبضه ربه أو لا يكون المصنوع مستقلا بقبض الصنعة بل يشترط في قبضها قبض رب المصنوع كالثوب مثلا؟ فعلى الأول يجري قول ابن المواز، وعلى الثاني يجري قول ابن القاسم اهـ.

٢٠٥ هل حكم نسخ بالنزول يثبت أو بالوصول كوكيل ينعى

هذه قاعدة هل النسخ يثبت حكمه بالنزول أو بالوصول؟ ويقال بالنزول أو بالبلاغ؟ كتصرف الوكيل بعد موت موكله أو بعد أن عزله وقبل علم الوكيل بذلك اهـ المنجوري: ولو قال:

هل حكم نسخ بالنزول يجعل أو بالوصول كوكيل يعزل

لكان أبين اهـ.

وأدخل الكاف في كوكيل عامل القراض يتجر بعد موت رب المال وقبل علمه، والوالي يقدم على وال آخر في خطبة الجمعة، ومن طرأ عليها علم الإعتاق في الصلاة وهي منكشفة الرأس، ومن وكلت وكيلين فزوجهما فدخل الثاني من غير علمه بالأول، وإذا باع الوكيل ما وكل على بيعه وباع مالكة ولم يعلم الوكيل، وما إذا أكرى أحدهما أيضا في الموكل على كرائه.
أما مسألة الوكيل يعزل أو يموت موكله ففي خ: "وانعزل بموت موكله إن علم وإلا فتأويلان وفي عزله بعزله ولم يعلم خلاف"، والأصل في هذا اختلافهم في النسخ هل يعد واقعا يوم البلاغ أو يوم النزول ومذهب مالك أنه يوم النزول بدليل قوله في المرأة يموت زوجها أو يطلقها أن عدتها من يوم الموت أو الفراق لا من يوم تعلم، وقال الحنفية: إنما يعد الحكم يوم البلاغ بدليل حديث أهل قباء في تحويل القبلة، وللشافعية قولان أحدهما مثل قولنا والثاني كقول الحنفية.

وأما مسألة عامل القراض يتجر بعد موت رب المال وقبل علمه بموته فهل يضمن ما يخسر أم لا؟ ففي خ - عاطفا على ما فيه ضمان العامل - : "أو حركه بعد موته عينا" فأطلق.

وأما الوالي يقدم على وال آخر في خطبة الجمعة (...)¹ وأما من طرأ عليها علم الإعتاق في الصلاة وهي منكشفة الرأس بمعنى أنها أعتقت قبل دخولها في الصلاة ولم تعلم حتى شرعت فيها؛ فهل تبدأ الصلاة أم لا؟ وفي خ: "فإن علمت في صلاة بعثت مكشوفة رأس أو وجد عريانا ثوبا استترا إن قرب وإلا أعادا بوقت".

وأما من وكلت وكيلين؛ ففي خ: " وإن أذنت لوليين وعقدا فلأول إن لم يتلذذ الثاني بلا علم".

وأما إذا باع الوكيل وموكله؛ قال في المدونة: قال مالك من أمر رجلا يبيع له سلعة فباعها الأمر وباعها المأمور؛ فأولى البيعتين أحق إلا أن يقبض الثاني السلعة فهو أحق كإكاح الوليين؛ الأول أحق في النكاح إلا أن يدخل الثاني. وفي خ: "وإن بعث وباع فالأول إلا القبض".

وأما إذا أكرى أحدهما فهل كالبيع في هذا أم لا؟ إذ لا يدخل الكراء في ضمان قابضه بل هو للأول على كل حال؛ قاله ابن دحون وصححه ابن رشد وإليه مال المازري؛ وعلله بأن ما يأتي من المنافع التي يطلب المكثري الأول أخذها لم تخلف ولم تقبض، فضمن المنافع من رب الدار وضمن السلعة المقبوضة في البيع من قابضها، وخالف في ذلك اللخمي والسيوري ورأى أن سكنى الساكن للدار حيازة وقبض يوجب ترجيح جانبه كما يترجح بقبض الأعيان اهـ

- | | | |
|-----|----------------------|-----------------------|
| ٢٠٦ | وهل تعين لجزء شاعا | عليه حالف بعثت باعا |
| ٢٠٧ | كمستحق وزكاة أو غصب | ومهر أو مرتهن كمن وهب |
| ٢٠٨ | جواب نفزي عليه جاء | بلا نعم في قابض كراءا |
| ٢٠٩ | أو ثمننا لشطره وغيره | غصب هل ينزع منه شطره |

هذه قاعدة هل الجزء المشاع يتعين أي يتميز في الحكم أم لا؟ أي هل تعين ثابت لجزء شائع؟ فتعين مبتدأ والجزء خبره.

على هذا الأصل من حلف بعنق شقص له من عبد إن فعل كذا فباعه لغير شريكه ثم ابتاع شقص شريكه ثم فعل ما حلف عليه؛ فهل يعتق عليه أم لا؟ قال في المدونة: ولو حلف بحرية شقص له في عبد فابتاع باقيه ثم حنث عتق جميعه؛ ولو لم يبتعه لقوم عليه، ولو باع شقصه من غير شريكه ثم اشترى شقص شريكه لم يحنث وهو كعبد آخر اهـ

وقوله كمستحق - بفتح الحاء وكسر ها - أشار به إلى مسألة من باع نصف عبد يملك جميعه ثم استحق نصفه هل يجري الاستحقاق فيما بيع وفيما بقي؟ وهو مذهب المدونة؛ أو إنما يقع الاستحقاق في الباقي والبيع منعقد في النصف المبيع؟ وهو مذهب أشهب وسحنون؛ قال: وغيره خطأ.

وبقوله وزكاة إلى مسألة من عدا عليه الخوارج المتأولون فأخذوا زكاته أو خراجها؛ هل يؤخذ منه ثانياً أو يكفي ذلك؟ وهو مذهب المدونة، وفي خ: "إلا أن أكره - أي على أخذها - فإنها تجزئه"، وقول خ أيضاً: "أو طاع بها لجائر في صرفها" أي فلا تجزئه، أما لو أكرهه عليها لأجزأه على المشهور وقيل لا قاله بهرام، ومثل الإمام الجائر الخوارج المتأولون.

وقوله: أو غصب إلى مسألة من غصب جزءاً مشاعاً؛ هل يتعين ذلك الجزء بالغصب أو يسري الغصب على الجميع؟ وبه أفتى السيوري؛ وأفتى أيضاً بعدم الاختصاص ابن أبي زيد في طعام مشترك بناء على عدم تمييزه؛ وبه أفتى الغبريني وابن ناجي قالا وهو الصحيح؛ وصرح غيرهم في مقابله بأنه المختار أيضاً؛ قال أبو محمد عبد الواحد الونشريسي في نظمه لقواعد أبيه:

وهل يخص غصبه بمن غصب أم لا وصح والأول انتخب

ودليل الاختصاص ما جرى في أبواب شتى من أبواب الفقه على ذلك كهبة الجزء المشاع وتحبيسه ورهنه؛ كل ذلك ينصر تمييز الجزء المشاع في الحكم، وقد صرح الشاطبي عن ابن رشد والمازري أنه لا يطلب حضور الشريك في قسمة الطعام المكيل والموزون كما عليه عمل الناس في قسمة الزرع بخلاف الدور ونحوها.

وقوله ومهر إلى مسألة من ساق إلى زوجه نصف أملاكه مشاعاً ثم باع جزءاً منها مشاعاً فهل البيع شائع في الجميع أم لا؟ أفتى ابن القطان بالأول فقال إن للمرأة أن ترجع في نصف المبيع، وأفتى ابن عتاب: إن كان الباقي للزوج على ملكه النصف فأقل فلا كلام لها إلا في الشفعة، وإن كان أكثر من النصف كأن يبيع ثلاثة أرباع فلها الرجوع في الزائد على نصف المبيع وما كان فعلى الترتيب.

وبقوله ومرتهن إلى مسألة رهن المشاع هل يصح أم لا؟ وفي خ: "وصح مشاع" ، ضيح: يصح رهن المشاع خلافا للحنفية وبعض أهل المذهب. وبقوله كمن وهب إلى مسألة هبة المشاع هل تصح أم لا؟ المشهور جوازها وذهب بعضهم إلى أنها لا تجوز إذا بقي للواهب في ذلك ملك حتى تقسم الهبة والصدقة ليكون الحوز فيها تاما قاله سحنون.

وقوله جواب نفزي عليه جاء الخ أي جواب أبي محمد بن أبي زيد النفزي نسبة إلى نفزة قبيلة من البربر جاء بالنفي والإثبات؛ حكى عنه أنه لا ينزع منه شطره أي نصفه أو حظه؛ وجملة وغيره غصب حالية؛ أي قبض كراء أو ثمن لحظه والحالة أن غير شطره غصب وهو شطر شريكه، وقوله هل ينزع منه شطره أي ينزع من القابض شطر ما قبض من كراء أو ثمن؛ أي وهل ينزع منه حظ الغير المغصوب على أن المراد بالشطر مطلق الحظ.

ونص السؤال والجواب: سئل ابن أبي زيد عن دار بين رجلين مشاعة فعدا على أحدهما غاصب قاهر فغصب نصيبه مشاعا؛ هل للآخر أن يكري نصيبه أو يبيعه أو يقاسم فيه؟ فأجاب: لا سبيل إلى القسم فيه ما دام الغاصب ممتعا من الأحكام وله أن يبيع نصيبه أو يكرهه، وقد اختلف في الكراء والثلث هل للمغصوب منه فيه مدخل؟ فقل إنه يدخل معه فيه إذا لم يميز نصيبه المغصوب، وقيل لا مدخل له معه إذ عرض الغاصب هذا دون هذا، وهذا أشبه بالقياس اهـ

ومما يدخل تحت القاعدة من اشترك مع مستغرق الذمة؛ فقال المازري: سئل بعض علماء وطننا عن رجل اشترك مع مستغرق الذمة في حرث هل يحل له نصيبه من الزرع أم لا؟ أي هل يحل لغير مستغرق الذمة نصيب نفسه بناء على أن الجزء المشاع يتعين أم لا يحل له بناء على أنه لا يتعين؟ فأجاب: نص في شرح المدونة على أن في ذلك قولين اهـ

٢١٠ هل يتعين الذي في الذمة

هذه قاعدة هل يتعين الذي في الذمة أم لا؟ من فروعها نازلة في أول الثامن وهي أن رجلا له دين على رجل فعدا السلطان على رب الدين فأخذه من غريمه ثم تمكن رب الدين من طلب المدين بدينه فاحتج المدين بجبر السلطان على ما أخذه منه من حيث كونه حقا لرب الدين، فأفتى بعض الفقهاء ببراءة ذمة المدين؛ وأفتى غيره بعدم براءته محتجا بأن ما في الذمة لا يتعين. قال بعض الشيوخ: والصواب براءته ولا مقال؛ قاله في المعيار اهـ وقال العقباني في مناظرته مع القباب في ذلك: الدين يتعلق بالذمة والغصب يتعلق بعين الشيء المغصوب؛ قال: ولم يقل أحد أن من عليه دين

يبرأ بغضب الغاصب له ولو صرح الغاصب بقوله إنما غصبت ذلك الدين؛ بل ينصرف الغضب إلى عين ما غصب ويبقى الدين في الذمة اهـ ومثله للقرافي في فروقه؛ ومثله أيضا للمقري في قواعده اهـ ولذلك من اشترى سلعة معينة فاستحقت انفسخ العقد ولو رد العقد على ما في الذمة كما في السلم فأعطاه ذلك وعينه فظهر ذلك المعين مستحقا رجع إلى غيره لأنه في الذمة وما في الذمة لم يخرج منها؛ وكذلك إذا استأجر دابة معينة للحمل أو غيره فاستحقت أو ماتت انفسخ العقد، ولو استأجر على حمل هذا المتاع من غير تعيين دابة أو على أن يركبه إلى مكة من غير تعيين مركوب معين فعين له بجميع ذلك دابة معينة فعطبت أو استحقت رجع يطالبه بغيرها؛ لأن المعقود عليه غير معين في الذمة فيجب عليه الخروج بكل معين.

[شاء، ويظهر أنه كذلك في قاعدة أخرى فإن المطلوب متى كان في الذمة فإن لمن هو عليه أن يتخير من الأمثال ويعطي أي مثل شاء، ولو عقد على معين من تلك الأمثال لم يكن له الانتقال عنه إلى غيره؛ فلو اكتال رطل زيت من خابية فعقد عليه لم يكن له أن يعطي غيره من الخابية، وكذلك إذا فرق خابيته صيعانا فعقد على صاع منها بعينه لم يكن له الانتقال عنه إلى غيره من تلك الأمثال، ولو كان في الذمة لكان له الخروج عنه بأي مثل شاء من تلك الأمثال، فهذا أيضا يوضح لك أن المعينات لا تثبت في الذم وأن ما في الذم لا يكون معيناً؛ بل يتعلق الحكم فيه بالأمر الكلية والأجناس المشتركة فيقبل ما يعين منه البدل والمعين لا يقبل البدل والجمع بينهما محال انتهى المقصد مما نقله الشارح من كلام القرافي. قال: وقال ابن الشاط على قوله بل يتعلق الحكم فيه بالأمر الكلية والأجناس المشتركة: إن أراد أن الحكم يتعلق بالأمر الكلية من حيث هو كلية فليس ذلك بصحيح، وإن أراد أن الحكم يتعلق بالأمر الكلية أو بواحد غير معين منها فذلك صحيح انتهى. والذمة كما قال القرافي: معنى شرعي مقدر في المكلف غير المحجور قابل للالتزام، فإذا التزم شيئاً اختياراً لزمه، وتلزمه أروش الجنايات وما أشبه ذلك انتهى. وسيأتي أيضا في التقريرات؛ وعليه يرجع قول ابن سلمون في بيع الطعام بالنسيئة: والذمة هي الصفة القائمة بالغيرم الذي عليه الحق القابلة للالتزام والإلزام، وهذا هو الذي قصد ابن عاصم بقوله:

يقبل الالتزام والإلزاما

والشرح للذمة أمر قاما

وانظر عند الشارح تعريف ابن الشاط وابن عبد السلام وابن عرفة، وقال ولدى ابن فرحون في المسائل الملقوطة الذمة معنى في المكلف قابل للإلزام والالتزام، وهو تعريف القرافي بتغيير ما. وقد ذكر هذه التعاريف كلها

وتكلم عليها فشفى الغليل شيخ بعض شيوخنا خاتمة الجهابذة المحققين : أبو عبد الله محمد بن المسناوي الولائي أصلاً الفاسي داراً ومنشئاً في تأليف سماه "صرف الهمة في شرح الذمة" وقد نقلت كلامه في شرح التحفة فلينظره من أراه.

هل ينقل الحكم بعيد نية ٢١٠

تبدلت لا اليد كالوكيل تسلف المحوز في التمثيل ٢١١

هذه قاعدة سابعة وتسعون وهي: تبدل النية مع بقاء اليد على مالها هل يتبدل الحكم بتبدلها أم لا؟ وتقرير كلام الناظم: هل ينتقل الحكم بعد نية تبدلت دون اليد؟ فقوله لا اليد عطف على فاعل تبدلت من غير فاصل، وهو في نظم العرب فاش وفي نثرهم قليل، ومنه ما حكاه سيبويه من قولهم مررت برجل سواء والعدم، ومع فشوه في النظم فهو ضعيف. ومثل الناظم لفروع القاعدة بمثالين؛ أشار إليهما بقوله: كالوكيل الخ أي كمسألة الوكيل وتسلف المال المحوز كائن في التمثيل أي من جملة فروع هذا الأصل، فأشار بالوكيل إلى بيع الوكيل من نفسه بثمن المثل وقد تقدم ما فيه وتسلف المحوز إلى حبسه المال على موكله ولم يحركه قال الشارح: وفي معناه المودع والملتقط والمقارض ينوي كل واحد منهم اختزال ما بيده ولما يفعل فالتضامن انتهى. وفي الملتقط يقول جب: هي أمانة ما لم ينو اختزالها فتصير كالمغصوب. وقال صاحب المختصر: "ولو حبسها بعدها أو التصدق أو التملك ضامناً فيهما ولو بمكة كنية أخذها قبلها" يعني قبل السنة فإنه يضمنها، قال شارحه: يريد إذا ضاعت عنده، وظاهره أنه يضمن بمجرد النية، وفيه نظر فإن أبا الحسن الصغير قال: المشهور أن النية وحدها لا توجب شيئاً إلا أن يقارنها فعل.

وأشار الناظم بقوله: تسلف المحوز إلى ما إذا أسلف الوصي اليتيم مالا من عنده وقبض سلعة من سلع اليتيم من نفسه واعتقد بقاءها في يده رهناً فيما أسلفه؛ فابن القاسم لا يراه حوزاً لأنه لا يجوز من نفسه لنفسه ولم يحصل له إلا نية تبدلت، وأشهب يراه حوزاً إذا أشهد، قال الشارح بعد ذكره هذا ما نصه: وما أشبه هذا كصرف الوديعة والرهن؛ فإن قلنا بالتبدل جاز لأنه قبض الآن لنفسه، وإن قلنا بنفيه امتنع للتأخير حتى يقبض لنفسه وهو المشهور، وضمان السلعة المشتراة شراء فاسد إذا هلكت بيد المشتري وقد كانت في أمانته قبل، وبيع الطعام المقبوض على تصديق المسلم إليه، بخلاف بيع النقد فإنه جائز، والقرض فإنه ممنوع، وكما إذا نوى بعد السنة

تملك اللقطة فانقضت فجاء ربها فله أخذها أو قيمتها، قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة إذا تبدلت النية واليد على حالها هل يتبدل الحكم أو لا؟ قولان للمالكية، وعليه القولان في صرف الوديعة؛ فإن قلنا بالتبدل جاز لأنه قبض الآن لنفسه، وإن قلنا بنفيه امتنع بالتأخير حتى يقبض لنفسه، فإن كانت حاضرة جاز على القولين ، أو تقول إن قلنا بالأول قدرنا كأنه تسلفها الآن ثم صارف وهذه طريقة الباجي؛ إلا أن هذا يوجب المنع في المصوغ إلا أن يحضر، وإن قلنا بالثاني امتنع انتهى. وقال في ضيغ في قول جب والرهن والعارية والمستأجر والوديعة إن كان مصوغا فكالمغصوب وإن كان مسكوكا فالمشهور المنع انتهى. وكلامه في الجواهر أحسن من كلام المصنف؛ لأنه قال بعد ذكر مسائل: المسألة الرابعة: صرف المرهون فإن كان مصوغا ففيه قولان: المنع حتى يحضر، والجواز انظر إمكان التعلق بالذمة، وإن كان مسكوكا فأجيز في رواية محمد ومنعه ابن القاسم، والجواز لإحدى علتين: حصول المناجزة بالقبول والالتفات إلى إمكان التعلق بالذمة، فأشبهه المغصوب إذ هو على الضمان إن لم تقم بينة على تلفه وقولان إن قامت والمنع نظرا إلى الحال إذ هو على ملك ربه وإنما يقبضه لنفسه عند حضوره فأشبهه صرف الغائب. الخامسة: صرف الوديعة؛ وفي الكتاب المنع منه، وروى أشهب الجواز في المسكوك منها، واختلف في تعليقه على طريقتين: إحداهما أنه مبني على أن يعتقد المودع التسلف ثم يصارف قاله الباجي، قال الباجي: ويجب على هذا أنه لا يجوز في الحلي بالاتفاق، والطريق الثاني النظر إلى حصول المناجزة بكمال القوة والشيء تحت يده؛ فعلى هذا الجزء الخلاف في المصوغ، وقد ظهر تعليل المنع مما قدمناه في المرهون . فرعان: أحدهما العارية وحكمها حكم الرهن؛ قاله الباجي، قال بعض المتأخرين: وهو ظاهر، الثاني المستأجر وحكمه حكم الوديعة انتهى كلامه في الجواهر، انتهى كلام ضيغ. وقال في المختصر - عاطفا على ما يمنع صرفه -: "أو غاب أو غاب رهن أو وديعة ولو سك كمستأجر وعارية".

وأما مسألة ضمان المشتري شراء فاسدا إذا هلك بيد المشتري وقد كان قبل في أمانته؛ فذلك لأن ضمان المبيع بيعا فاسدا إنما ينتقل في المشهور بالقبض، فإذا كان الشيء عند أحد على وجه الأمانة ثم اشتراه شراء فاسدا ثم هلك فهل يكون ضامنا له بناء على التبدل أو لا يكون ضامنا له بناء على مقابله؟ ولم أر الآن شيئا في ذلك.

وأما بيع الطعام المقبوض على تصديق المسلم إليه ، ففي كتاب السلم الثاني من المدونة: وإن أسلمت إلى رجل في مدي حنطة إلى أجل؛ فلما حل الأجل

قلت له كله لي في غرائرك أو في ناحية من بيتك أو في غرائر دفعتها إليه؛ فقال بعد ذلك: قد كلته وضاع عندي، قال مالك: لا يعجبني هذا، يريد مالك ولا يبيعه بذلك القبض. قال ابن القاسم: وأنا أراه^(١) ضامنا للطعام إلا أن تقوم بينة على كيله أو تصدقه أنت في الكيل فيقبل قوله في الضياع؛ لأنه لما اكتاله صرت أنت قابضا له، قال غيره: وإذا قامت بينة على كيله جاز أن يبيعه بذلك القبض، وأما إن صدقه على كيله فلا يبيعه بذلك القبض لأنه يتهم فيه فيحتاج في بيعه، وإن كان الضمان يرتفع عنده اهـ وذكر في خ المسألة في مجرد الضمان فقال: " وضمن المشترك المعين وطعاما كلته وصدقك" اهـ وخرج ابن رشد على مسألة الغرائر الأجير يقول لمؤجره اشتر لي بمالي قبلك ثوبا؛ كره ذلك مالك؛ فإن وقع فهل يصدق أنه اشتراه وتلف؟ قال: تجري على مسألة الغرائر اهـ

٢١٢ هل شفعة بيع أو استحقاق عليه بذر من له إلحاق

٢١٣ كتركها الوصي والأخذ نظر

هذه قاعدة الشفعة هل هي بيع أو استحقاق؟ على هذا الأصل من ابتاع شقصا قد بذره البائع هل يدخل البذر في الشفعة أم لا؟ وكذا إن بذره المبتاع ولم ينبت فهل يكون للشفيع أو المبتاع؟ ولهذا قال من له إلحاق أي أحد له إلحاق البذر بماله الشفيع أو المبتاع؛ فمن استفهامية والجملة استفهامية بدل من بذر كقول الشاعر:

إلى الله أشكو بالمدينة حاجة وبالشام أخرى كيف يلتقيان

وتبيين ذلك أن الأرض المبذورة تشفع ولم ينبت بذرها وكان الباذر البائع، فعلى أن الشفعة من ناحية البيع فالبذر للشفيع على القول بالشفعة في الزرع؛ وعلى القول الذي يرى أن لا شفعة في الزرع وهو المشهور لا يأخذ الأرض خاصة الشفيع حتى يبذر الزرع؛ إذ لا يصح للرجل أن يبيع أرضه ويستثني البذر، وعلى أنها من ناحية الاستحقاق يأخذ الأرض بما ينوبها من الثمن وإن كان الباذر البائع شفع شفيع الأرض بالثمن على أن الشفعة من ناحية الاستحقاق ويبقى البذر لباذره، وعلى أنها من ناحية البيع فلا يشفع إلا بعد بروز الزرع كما ذكر، وقيل يأخذه مع الأرض بقيمته على الرجاء والخوف بمنزلة السقي والعلاج في الثمرة، وإن كان الباذر غيرهما من مكثر وغيره بقي البذر لباذره وشفع الأرض بجميع الثمن من غير إشكال،

(١) ما بين المعكوفتين مقابل لورقة من الأصل سقطت في التصوير وأخذناه من السجلмасي.

وكذلك إن طرأ على الأرض والبذر قد نبت فلا يخلو من ثلاثة أحوال غير أن وجهين يستوي الحكم فيهما؛ وهو أن يكون البذر للمبتاع أو للأجنبي فيأخذ الشفيع فيهما الأرض دون الزرع بما ينوبها بجميع الثمن على القول الثاني الذي لا يرى الشفعة في الزرع، وأما إن طرأ الشفيع بعد أن يبس الزرع فلا شفعة فيه ويأخذ الأرض بجميع الثمن إن كان البذر للمبتاع أو للأجنبي، وإن كان البذر للبائع أخذ الأرض بجميع الثمن، ونص في البيان على أن المشهور من المذهب أن الشفعة تجري مجرى البيع كالأستحقاق اهـ

وأشار الناظم بقوله: كتركها الوصي والأخذ نظر إلى مسألة ترك الوصي الشفعة لمحجوره مع أن الأخذ بها نظر له، فترك مصدر أضيف إلى مفعوله وكمل بفاعله وهو الوصي وجملة والأخذ نظر حالية، ولو قال الولي بدل الوصي لكان أشمل لأنها في الأب أيضاً؛ قال في المدونة: ولو سلم عنه الشفعة الأب أو الوصي أو السلطان لزمه ذلك ولا قيام له إن كبر؛ قال غير واحد من الموثقين: إلا أن يثبت أن إسقاط الشفعة سوء نظر من الأب أو الوصي فإنه يبقى على شفيعته، وقال أبو عمران: لا شفعة له لأنهما تركا التجارة له فلا ينقض فعلهما وهو نص قول مالك، بخلاف القاضي يسلم شفعة الصغير وليس بنظر أن ذلك لا يقطع شفيعته لأنه يصير كأنه رفع إليه ولم يحكم فيه اهـ وعلى مذهب الموثقين مشى في خ إذ قال فيما لا تسقط فيه الشفعة: " أو أسقط أب أو سلطان".

ومن فروع القاعدة أيضاً من ابتاع شقصاً من دار وعرضاً صفقة واحدة والشقص جل صفقته فهل للمبتاع رد العرض على البائع إذا أخذ الشفيع بالشفعة لأستحقاق جل صفقته بناء على أنها أستحقاق أم لا بناء على أنها بيع؟ قال فيها: من ابتاع شقصاً من دار وعرضاً في صفقة واحدة بثمن فالشفعة في الشقص خاصة بحصته من الثمن بقيمته من قيمة العرض يوم الصفقة تغيرت الدار بسكناها أم لم تتغير؛ قال مالك: ليس للشفيع أخذ العرض ولا ذلك عليه إن أباه، ابن يونس: على قول من يرى الشفعة كالأستحقاق فإن كان قيمة الشقص الجل فللمبتاع رد العرض على البائع؛ لأنه أستحقاق جل صفقته، وعلى قولهم إنه كبيع مبتدأ فلا رد له بحال، ضيح: إنما ينبغي أن يقال على هذا يلزمه رد الباقي، وفي خ: "وبما يخصه إن صاحب غيره ولزم المشتري الباقي".

ومنها أيضاً هل يشفع قبل معرفته بما ينوب الشقص من الثمن أم لا؟ فعلى أنه بيع لا وهو اختيار عبد الحق؛ وعلى أنها أستحقاق نعم وهو اختيار اللخمي.

ومنها أيضا لو اختلعت لزوجها بشقص هل للشفيع الشفعة قبل معرفة القيمة أم لا؟ وكذلك لو ساق لها الزوج في عقد النكاح شقصا من دار أو أرض فالمشهور أن فيه الشفعة بقيمته لا بصداق المثل؛ فإن قلنا بالأول فقال أشهب: لا يجوز الإستشفاع إلا بعد العلم بقيمة الشقص؛ وظاهر قول ابن القاسم في المدونة خلافه لأنه جوز الشفعة في الشقص قبل معرفة الثمن؛ لكن قال: له الخيار إذا علم كأن يقول ما ظننت أنه بهذا الثمن اهـ

ومنها من ابتاع دارا ثم استحق شقص منها بعد أن نقضها المبتاع وباع النقض؛ فهل يفوت النقض بالبيع ويأخذ الشفيع الشفعة بما ينوبها من الثمن أو لا تفوت الأنقاض بالبيع وللشفيع أخذها في الشفعة من يد مشتريها من مشتري الدار الناقض لها؟ فعلى أنها بيع تفوت الأنقاض بالبيع؛ وعلى أنها استحقاق لا تفوت بالبيع اهـ قال في إيضاح المسالك: لا يلزم المفلس أن يشفع وإن كان في الشفعة ربح؛ لأنه تكسب وتجرو وهو غير لازم ولأنه تلزمه العهدة بالشفعة اهـ والجاري على أنها استحقاق تلزم الشفعة المفلس.

٢١٣ هل قسمة تمييز أم بيع صدر

٢١٤ في قسم أضحية ومعدن وما أشبه ذين من فروع علما

هذه قاعدة هل القسمة تمييز حق أو بيع وقع؟ وهو المراد بقوله صدر أي علم هذا الأصل وانبنى عليه جواز قسم الورثة أضحية موروثهم وهو رواية مطرف وابن الماجشون عن مالك وعيسى عن ابن القاسم وعدم جوازه وهو في كتاب محمد، وفي خ: "وللوارث القسم ولو ذبحت" فعلى أنها تمييز حق يجوز ذلك وعلى أنها بيع لا والذي لهم القسمة بالقرعة لا بالتراضي لأن القرعة المشهور فيها أنها تمييز حق والمشهور في قسمة المراضاة بعد التقويم والتعديل أنها بيع؛ وقيل في الثانية إنها تمييز حق؛ وأما قسمة المراضاة من غير تقويم ولا تعديل فمتفق على أنها بيع؛ وفي خ: "ومراضاة فكالبيع وقرعة وهي تمييز حق" اهـ

وأشار بقوله ومعدن إلى مسألة الشريكين فيما ملكاه من معدن الذهب والفضة يقتسمانه كيلا؛ فإن قلنا هي بيع فيحاذر فيه الوقوع في الربا فلا يجوز لأنه قد يصفو لأحدهما أكثر مما يصفو للآخر أو أقل، وإن قلنا بأنها تمييز حق فيتساهل في ذلك.

وأما قوله وما أشبه ذين من فروع فمنها قسمة الدراهم فهل يشترط فيها العلم بوزنها بناء على أن القسمة بيع أو لا يشترط بناء على أنها تمييز حق؟ قال أبو عبد الله الزواوي: إن علم وزن الدراهم جاز قسمها عددا من غير

ميزان بناء على الصحيح في المذهب، ووقع في العتبية والموازية: لا يحتاج إلى هذا بناء على أن القسمة تميز حق؛ لكن يشترط أن يكون له أكثر مما يحصل لصاحبه وإلا كان خطأ.

ومنها إذا اقتسما ثمرا في رؤوس الشجر وأجبح ما أخذه أحدهما فعلى أنها تميز حق لا جائحة وعلى أنها بيع فتوضع فيه الجائحة وهو ظاهر قول ابن القاسم.

ومنها إذا اقتسما الأصول دون الثمرة ثم اقتسما الثمر فجاء ثمر هذا في أصل هذا؛ فعلى أنها تميز حق: السقي على صاحب الثمرة وهو قول سحنون؛ وعلى أنها بيع: السقي على صاحب الأصل وهو ظاهر قول ابن القاسم اهـ قال بعض الشيوخ: يظهر لي في الخلاف المذكور أنه مبني على الخلاف الذي في تمييز الجزء المشاع؛ فمن قال هي تميز حق بنى على أن الجزء المشاع يميز؛ ومن قال هي بيع بنى على أنه لا يميز اهـ

٢١٥ هل تقبض اليد وتدفع معا

هذه قاعدة اليد الواحدة هل تكون قابضة دافعة؟ وتقدم أنها بمعنى الواحد هل يقدر كائنين أم لا؟ وهي أيضا بمعنى إذا تبدلت النية واليد على حالها هل يتبدل الحكم؟

٢١٥ وهل يكون قابضا ما صنعا

هذه قاعدة المصنوع هل يكون قابضا للصنعة وإن لم يقبضه ربه أو لا يستقل بقبض الصنعة إلا بقبض ربه؟ ثم مثل للقاعدتين بقوله:

٢١٦ كمال محجور لأول عرف للثان أجر صنع مصنوع تلف

أي عرف مال محجور للأصل الأول؛ ولو عرف أول باللام منقول حركة الهمزة لكان أحسن، ويحتمل أن يكون مبني على الضم منوي المضاف إليه؛ وقوله للثان بحذف الياء لام الكلمة.

أشار بكمال محجور إلى فروع: منها شراء الوصي من مال اليتيم، ومنها شفيعته ليتيمه فيما باعه عن نفسه أو عن يتييم آخر؛ وتقدم هذان الفرعان في قاعدة تقدير الواحد كائنين.

ومنها بيع الأب واشتراؤه من مال محجوره؛ لا خلاف في جواز الوجهين؛ وإنما هو مقيد بأن لا يظهر سوء النظر في بيع أو ابتياع؛ وهو في الابتياح منه محمول على السداد حتى يثبت خلافه وفي البيع له بالعكس.
ومنها أخذ الوصي سلعة من سلع محجوره رهنا في ماله، وتقدم في قاعدة تبدل النية مع بقاء اليد.

ومنها بيع الولي طعام أحد محاجيره من الآخر حتى يبيعه أيضا من الآخر من غير قبض آخر حسي حتى تصير يده قابضة دافعة، وفي خ "ولم يقبض من نفسه إلا كوصي لبيته"، وفيها إن اشتريت طعاما فاكتلته لنفسك ورجل واقف على غير موعد فلا بأس أن تبيعه منه على كيلك أو على تصديقك في كيلك إن لم تكن حاضرا ولم يكن في ذلك بينكما موعد؛ فقله لا بأس أن تبيعه منه على كيلك يريد أن كيلك السابق لشرائك إياه يكفي في بيعك إياه مشترية منك عن كيلك ثانيا؛ فيجوز له بيعه بذلك دون كيله إياه لحضوره وعلمه؛ لا بيان كفايته في شرائه لوضوح بيان ذلك وامتناع السؤال عنه والاتفاق عليه؛ وهو دليل على أن علم مبتاع كيله لحضوره إياه ودوام علمه ذلك بعد شرائه إياه ينتزل منزلة كيله إياه بعد شرائه؛ فيلزم مثله في مسألة الأب والوصي ضرورة علمهما ذلك لحضورهما اهـ وقال ابن يونس: قال محمد وروي أنه لا يأخذه بحضوره كيله ولا تصديقه؛ ابن عبد السلام: تبع جب في استثناء من يتولى العقد ابن شأس ولم أره لأصحابنا، وفي النفس شيء من جواز هذه المسألة؛ ولا سيما والصحيح عند أهل المذهب أن بيع الطعام قبل قبضه متعبد به؛ فإن يكن اتفاق في المسألة فأصول المذهب تدل على غرابة الخلاف فيها؛ والأقرب منعها اهـ وسلمه في ضيحه اهـ
ومن فروع القاعدة: بيع الطعام المقبوض على التصديق في ذلك وقد تقدمت أنفاً.

ومنها جواز اقتضاء طعام السلم على تصديق المسلم إليه، وتقدم في قاعدة تبدل النية.

ومنها من قدر على عين ما غصب منه فإن له أخذه؛ كما أشار إليه في خ بقوله: "وإن قدر على شيء فله أخذه إن يكن غير عقوبة وأمن فتنة ورنيلة" فقام مقام قابض ومقبض.

ومنها المضطر في المخصصة إذا وجد طعام أجنبي فإنه يأخذه؛ وفي خ في فصل المباح: "وطعام غير إن لم يخف القطع وقاتل عليه" فقام مقام مقرض ومقرض.

ومنها الملتقط يتملك اللقطة بعد السنة ضامنا لها؛ كما أشار إليه في خ بقوله: "وله حبسها بعدها أو التصدق أو التملك ولو بمكة ضامنا فيهما" فقام مقام مقرض ومقترض.

ومنها تملك الغانمين الغنيمة وأكلهم وعلف دوابهم كما أشار إليه في خ بقوله: "وجاز أخذ محتاج نعلا وحراما وإبرة وطعاما وإن نعما وعلفا"، ابن عرفة: ولو نهاهم الإمام عنه ثم اضطروا إليه جاز لهم أكله. ومنها تملك السارق ما سرق من دار الحرب. ومنها تملك الإمام بإرقاق رجال المشركين.

وقوله للثان أجر ما صنع مصنوع تلف: يشير إلى مسألة من استصنع ثوبا مثلا للخياطة فلما خاطه تلف عنده ببينة؛ فهل على ربه الأجرة له بناء على مقابله؟ قولان: أولهما لابن المواز وثانيهما لابن القاسم ورواه عن مالك، وعليه مشى خ إذ قال: "والإ إن تقدم ببينة فتسقط الأجرة"، وقيل إن شهدت البينة بالتلف بعد العمل لم تسقط الأجرة وإلا سقطت، وقيل لا تسقط مطلقا.

٢١٧ وهل إلى أمانة يخرج ما بذمة بالأمر كالذ أسلما

٢١٨ وأمر الوكيل بالكيل فضاع بعد بزعم كقراضه وباع

هذه قاعدة هل يخرج الأمر ما بالذمة إلى الأمانة فيرتفع الضمان أم لا؟ وهما على الخلاف المتقدم في كون النية مؤثرة مع بقاء اليد، ويقال أيضا: من أمر أن يخلي ذمته ويخرج إلى أمانته هل يبرأ بذلك أم لا؟ وأشار بقوله كالذ أسلما إلى مسألة من قال لمن أسلم إليه في طعام: كله لي في غرائرك؛ فقال: كلته فضاع؛ ولم تقم بينة على الكيل؛ فهل عليه ضمان أم لا؟ مذهب المدونة وابن القاسم: الضمان، وتقدم قوله في خ: "وطعاما كلته وصدقك".

وأشار بقوله كقراضه وباع؛ إلى مسألة من أمر رجلا أن يصرف دينارا عليه ويعمل به قراضا فإنه لا يجوز؛ فإن فعل ثم ضاع فهل يبرأ منه بناء على أن الأمر بالإخراج من الذمة إلى الأمانة يبرئ وهو مذهب أشهب أو لا يبرئ بناء على مقابله وهو مذهب المدونة المشهور؟ واعتمده خ إذ قال: "لا بدين عليه واستمر ما لم يقبض أو يحضره ويشهد" أي لا يكون القراض بدین على الشخص وإن وقع استمر دينا على حاله ويكون للعامل ربحه وعليه خسارته اهـ

ومن فروع هذه المسألة عزل عشر الزرع والزكاة وفي خ: "أو أدخل عشره محصنا لا مفرضا" وفيه أيضا: "كعزلها فضاقت" أي عزلها بعد الحول ولم يفرط.

ومنها إنفاق كراء دار في مرمتها، ففي المدونة: وإذا أمره أن ينفق كراء الدار في مرمتها فقال أنفقت أنه لا يصدق إلا أن يكون بناء جديدا يشبه أن يكون قد أحدثه؛ وقال غيره هو دين عليه لا يبرئه منه إلا البينة.

ومنها مستأجر على تبليغ كتاب فقال قد أوصلته فصدقه ابن القاسم ولم يصدقه الغير؛ وفي خ: "والقول للأجير أنه وصل كتابا".

ومنها مبتاع سلعة بثمن على أن يتجر به سنة، قال خ: "وبيعه سلعة على أن يتجر بثمنها سنة إن شرط الخلف" يعني ولا شيء على المشتري وضمان الثمن من البائع بدليل اشتراط الخلف؛ قال بعضهم في لفظها وإنما يصح ذلك بأن يخرج المشتري الثمن الذي اشترى به ويحضره ثم حينئذ يتجر به لينتقل من ذمته إلى أمانته.

ومنها من عليه دين فقال ربه ابتع لي به عبدا؛ فقال له بعد: فعلت، ابن القاسم يصدق غيره لا. وكذلك إذا أمره أن يشتري به لؤلؤا فقال اشتريته فضاقت أن القول قوله ويحلف أنه اشتراه وضاع.

ومنها إذا كانت الأمانة عند رجل وأنفقها وقال رددتها في موضعها ففيها ثلاثة أقوال: قول يصدق في ذلك وهو مذهب ابن القاسم؛ وقول أنه لا يصدق في ذلك على حال؛ ثالثها يصدق إن رده بإشهاد وإن لم يشهد فلا يصدق أهـ جب: فإذا تسلف مالا يحرم تسلفه ثم رد مثلها مكانها فتلف المثل برئ على المشهور؛ ثالثها إن كانت بإشهاد برئ؛ ورابها إن كانت منثورة برئ؛ وهذا الرابع لابن الماجشون والثلاثة الأول لمالك والمشهور الأول، وفي خ: "وبرئ إن رد في غير المحرم" وفيه أيضا: "

٢١٩ وهل إلى صحيح أصله يرد أم نوعه ما استثنى الذي فسد

هذه قاعدة وهي المستثنى الفاسد هل يرد إلى صحيح أصله أم إلى صحيح نوعه؟

من فروعها القراض الفاسد هل يرد إلى إجارة المثل؟ وهو صحيح أصله لأن أصله الإجارة الفاسدة بالجعل فاستثنى منها؛ أو يرد إلى قراض المثل وهو صحيح نوعه؟ قولان: الأول مروى عن مالك وبه قال ابن حبيب وجماعة خارج المذهب؛ والثاني رواية أشهب؛ وقوله وقول ابن الماجشون قولان من ثمانية أقوال على الطريقة التفصيلية في فاسد القراض.

ومنها المساقاة الفاسدة هل ترد إلى صحيح نوعها وهي مساقاة المثل؟ أو إلى صحيح أصلها وهي إجارة المثل لأنها مستثناة من الإجارة المجهولة؟ قولان: الأول هو الجاري على قول أصبغ؛ والثاني هو الأتم على القول الأول في القراض؛ والذي في خ التفصيل: ففي بعض الصور أجرة المثل وفي بعضها مساقاة المثل.

ومنها جعل الفاسد: هل يرد إلى صحيح أصله وهو أجرة المثل؟ لأنه مستثنى من الإجارة الممنوعة لجهل المحل، أو إلى صحيح نوعه وهو جعل المثل؟ قولان، الثاني رواية أصبغ عن ابن القاسم، وفي المسألة أربعة أقوال أخرى؛ وفي خ: "وفي الفاسد جعل مثله إلا بجعل مطلقاً فأجرته".

ومنها القراض الفاسد: هل يرد إلى صحيح أصله وهو البيع فتجب القيمة؟ لأنه مستثنى من بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة أو الطعام بالطعام إلى أجل في ذلك كله؛ أو يرد إلى صحيح نوعه وهو المثل؟ قولان: الأول هو المنصوص، وقيل المثل بناء على أن المستثنى الفاسد يرد إلى صحيح أصله أو صحيحه، ضيخ: والثاني قول الأبهري، وفي خ: "وردت إلا أن تفوت بمفوت البيع فالقيمة كفاسده"

فصل : في تقسيم الشروط

- ٢٢٠ هل شرط ما لا يقتضي الفسادا إن خالف الحكم اعتبارا قادا
٢٢١ كرجعة نفي رجوع واعتصار ونفيه ضمان رهن ومعار
٢٢٢ ونفيه وشهروا لا في الذي خالف سنة العقود فاحتذى
٢٢٣ كمودع ضمن واكتراء وشبه زين وابن زرب رائئ
٢٢٤ خلا تبرع بعييد العقد وألزم القراض بعد القيد
٢٢٥ به ولا بن بشر التزامه تلميذه نصره حسامه
٢٢٦ وغيره أنكره ومنعا ولكلا الرأيين مبنى سمعا

هذه قاعدة اشتراط ما يوجب الحكم خلافه مما لا يقتضي فسادا هل يعتبر أم لا؟ أي هل شرط ما ذكر قادا اعتبارا أم لا؟ أي استلزم اعتبارا أم لا؟ كاشتراط الرجعة في الخلع فهل يتعين أم لا؟ قولان مشهورهما النفي وهو مذهب المدونة، وروي عن مالك أنه يقع رجعيا وبه أخذ سحنون عملا بالشرط، وفي خ: "وبانت ولو بلا عوض فنص عليه أو على الرجعية"، قوله أو على الرجعة ليس معطوفا على لفظ عليه الذي قبله بل من حيز الإغيا لا من حيز النفي كما في خ.

وأشار بقوله نفي رجوع إلى مسألة من اشترط أن لا يرجع في وصيته فهل يعمل بذلك الشرط أم لا؟ قولان للمتأخرين؛ ولم يوجد فيها نص لمالك ولا لقدماء أصحابه؛ فاضطربت فيها فتاوي المتأخرين وكل ألف في الرد على صاحبه؛ وألف فيها المازري في نحو ست عشرة ورقة من القلب الكبير نقل فيه فتاوى المتخالفين فيها وذكر فيها قولاً ثالثاً بالفرق بين أن تكون الوصية بالعتق فلا يرجع وبغيره فيرجع وهو ظاهر؛ وبعضهم أجراها على حكم الوعد.

وأشار بقوله واعتصار إلى مسألة من اشترط الاعتصار في الصدقة أو التزم عدمه في الهبة؛ فلا بن الهندي والباقي أعمال الشرط في الصدقة وقيل لا؛ وفي خ فيما لا يعتصر: "كصدقة بلا شرط" مفهومه إن شرط الاعتصار كان له فهو من المحال التي اعتبر فيها مفهوم الصفة.

وبقوله ضمان رهن ومعار ونفيه إلى مسألة من اشترط ضمان ما لا يغاب عليه من الرهن والعارية أو نفيه فيما يغاب عليه منهما فهل يعمل على

شرطه أم لا؟ ففي خ: "وضمنه مرتتهن إن كان بيده مما لا يغاب عليه ولم تشهد بيينة بكحرقه ولو شرط البراءة أو علم احتراق محله إلا ببقاء بعضه محرقا وأفتى بعدمه في العلم وإلا فلا ولو اشترط ثبوته" اه وفيه أيضا في العارية: "وضمن المغيب عليه إلا ببينة وهل وإن شرط نفيه تردد لا غيره ولو شرط" اه

وقوله وشهروا لا الخ أي وشهر العلماء نفي الاعتبار في الشرط الذي خالف سنة العقود كالوديعة أصلها الأمانة؛ وكذلك الكراء لغير الطعام والصناعة؛ فإذا اشترط فيهما الضمان فقد أخرجاه عن سنتهما، وأما أكرياء الطعام والاصطناع فالأصل فيهما الضمان فإن اشترط فيهما عدمه فقد خرجا عن الأصل، أما الوديعة فقال في خ: "لا إن شرط عليه الضمان" أي لأنها أمانة والأصل فيها عدم الضمان اه أما الكراء فقال ابن المواز: قال مالك إذا اشترط الجمالون أن لا ضمان عليهم لم ينفعه شرطه وكان عليه الضمان؛ هذا قول مالك فيها؛ وروى أشهب أنه ينفعه، وفي الأكرياء بغير الطعام والاستصناع يقول خ: "وهو أمين فلا ضمان ولو شرط إثباته" وفي الصانع يقول: "أو صانع في مصنوعه" أي يضمنه إلى أن قال: "ولو شرط نفيه" اه

وقوله وابن زرب راء الخ أي والقاضي ابن زرب راء خلا تبرع أي راء عدم الاعتبار إلا أن يتبرع بعد العقد بالشرط فإنه يعتبر حينئذ، وألزم ابن زرب ضمان القراض إن تبرع بذلك بعد العقد، ولابن بشير شيخ ابن عتاب التزام ابن زرب من ضمان القراض إذا طاع به بعد العقد؛ والمراد به الشروع لأن القراض لا يلزم بالقول على المشهور بل بالشروع؛ وتلميذه الذي نصره أي نصر مذهبه هو ابن عتاب؛ وحسامه أي سيفه وهو بدل من تلميذه أو من فاعل نصره أو هو الفاعل أي تلميذ ابن بشر نصر ابن بشر حسامه أي حسام ذلك التلميذ؛ وإن كان فاعلا فهو مستعار للدليل الذي أقامه ابن عتاب وإن كان بدلا فهو مستعار لابن عتاب نفسه لما بسط من الحجج وقرر من الأدلة التي هي لوضوحها وقوتها قاطعة للنزاع كالسيف يقطع ما ضرب به، وغيره أي غير ابن زرب أنكره وقال التزامه غير جائز ولكلا الرأيين مبنى سمعا أي ذكر أولا وهو الأصل المتقدم، أو أراد بالمبنى ما في سماع ابن القاسم ففيه ما يشهد لصحة قول غير ابن زرب؛ وفي رسم الجواب من سماع ابن القاسم ما يؤيد صحة قول ابن زرب؛ والذي في السماع هو قول مالك في من دفع إلى رجل مالا قراضا فلما أراد أن يخرج قال لصاحبه إن معي مالا أتجر فيه وأنفق منه ولا أحمل على مالك نفقة قال لا يعجبني؛ وهو كما قال له ذلك في العقد ولكن ليعمل في الحالين والنفقة

عليهما؛ قال عيسى بن دينار: وتفسير ذلك أنه إذا قال له ذلك في حين يجوز له منعه من الخروج لم يجز وإن قاله في وقت لا يمنعه جاز، وهذا أبين في الاعتراض على ابن زرب اهـ والذي في رسم الجواب هو قول ابن القاسم في رجلين اشتركا في الحرث على النصف أو الثلث أو سأل أحدهما الآخر سلف حظه من الزريعة قال إن سأله بعد عقد الشركة جاز وفي العقد لا يجوز؛ ومذهبه في شركة الزرع أن لكل منهما الانحلال منها ما لم يبذر؛ فقد أجاز الطوع بالسلف في وقت لهما فيه ترك ما عقدها من الشركة وفي هذا حجة للقاضي.

قال الوشيري في إيضاح المسالك: نص الفقهاء على أن المشهور سقوط التزام ما يخالف سنة العقود شرعا من ضمان أو عدمه كالوديعة والاكتراء على ذلك، وحمل محمد بن بقي بن زرب ما قال الفقهاء على ما إذا كان الالتزام عند العقد حتى يكون ذلك على الوجه المناقض للشرع؛ فيجب حينئذ أن يبقى الحكم تابعا للمشروع، قال ابن زرب: فلو تبرع بالضمان في مال أو طاع به بعد تمام الاكتراء لجاز ذلك، ونقل ابن عتاب عن شيخه أبي المطرف بن بشر أنه أملى عقدا في دفع الوصي مال السفينة قراضا إلى أجل على جزء معلوم وإن العامل طاع بالالتزام الضمان بعد أن شرع في العمل وغرمه، وصحح ابن عتاب مذهب أبي المطرف بن بشر في ذلك ونصره بحجج بسطها وأدلة قررها ومسائل استدلت بها، واعترض غيره من الشيوخ ذلك وأنكره وقال: التزامه غير جائز اهـ

٢٢٧ هل شرط ما يوجبه الحكم منع كهبة وعدة وما نزع

٢٢٨ لأم ولد إن تزوجت

هذه قاعدة هل اشترط ما يوجبه الحكم يؤثر فسادا في العقد أم لا؟ كهبة الثواب إن اشترط فيها الثواب كما إذا قال أهبك بشرط الثواب أو على أن تثيبني ولم يعين الثواب لأنه لو عينه كان بيعا، وإن وهب وسكت وعلم منه قصد الثواب جاز اتفاقا، فإن اشترطه ولم يعينه فقد اشترط ما يوجبه الحكم أن لو سكت عنه فهل يصح أم لا؟ قولان لابن القاسم وأصبغ وابن الماجشون وسحنون معللين له بأنه كبيع سلعة بقيمتها وهو جهل، وقال الباجي في قول ابن القاسم بالجواز وهو أولى والعرف كالشرط اهـ وفي خ: "وجاز شرط الثواب ولزم بتعيينه" فمشى على قول ابن القاسم.

وأشار بقوله وعدة إلى مسألة بيع دار الميت في عدة الوفاة؛ فإنه يجوز إذا لم يكن على شرط زوال الريبة اتفاقا؛ فإن بيعت وارتابت المعتدة فالحكم

يوجب أن تكون أحق بالمقام إلى زوال الربية اتفاقاً؛ وللمشتري الخيار في أن يرد أو يتماسك ويصبر إلى انقضاء العدة، وقال ابن القاسم في العتبية: لا خيار له وبه قال سحنون؛ قال: لأنه كالذي دخل عليه؛ فإذا بيعت الدار بشرط بقاء المعتدة إن ارتابت إلى زوال الربية فهو شرط يوجبه الحكم؛ فهل يصح البيع أم لا؟ قولان لسحنون ومذهب الواضحة مع اختيار ابن المواز؛ وبه جزم جب في قوله: والبيع بشرط زوال الربية فاسد خلافاً لسحنون، وفي خ: "ولو باع إن زالت الربية فسد" اهـ

وبقوله وما نزع لأم ولد إن تزوجت إلى مسألة من أوصى لأم ولده بألف مثلاً على أن لا تتزوج؛ فإن الحكم أنها إن تزوجت نزعت منها الألف وردت للورثة ولم يراع سلف جر نفعاً؛ فإذا اشترط أنها إن تزوجت نزعت منها فقد اشترط ما يوجب الحكم؛ فهل يفسد ذلك أم لا؟ قولان وعلى الثاني اقتصر المتيطي اهـ وعلل الأول بأنه تصريح بنفع السلف اهـ

ومن هذه القاعدة قول ابن المواز: لو قال البائع إني أعرف كيل هذه الصبرة فيقول المبتاع إني رضيت أخذها جزافاً بكذا فلا يجوز؛ قال عبد الوهاب: لأنهما قصدا بهذا العقد الغرر والخطر لأن المشتري له قد صار له طريق إلى معرفة ذلك من غير مشقة؛ فإذا رضي بأن لا يعلمه فكأنه رضي بالتغريب وأن يعاوض على ما لا يعلمه مع القدرة على علمه بغير مشقة، يشهد لهذا ما قاله سحنون: لو باع أمة فخرجت مغنية لكان له الخيار والبيع صحيح؛ وإن شرط في نفس العقد أنها مغنية لم يجز ذلك، وكذا لو باع سلعة لا يملكها تعدياً ولم يبين ذلك للمشتري فإن البيع موقوف على إجازة المالك؛ ولو أعلمه أنه غاصب فدخل المشتري على ذلك لم يجز؛ فعلم بهذا أن البيع لا يمتنع أن يصح العقد فيه على صفة لو شرطها المشتري لم يصح ويثبت له الخيار اهـ.

ومن هذا يعني المرأة تهب دار سكنها لزوجها ولم تحزها له حتى ماتت انظر بين أن تكون شرطت هذا أم لا فرقاً اهـ وانظر ما في نوازل أصبغ في الهبات: من باع سلعة بدينار إلا ثلثاً فجاءه المشتري بدينار عند الأجل أعطاه له ورد عليه البائع بقية صرفه؛ بين أن يكون هذا شرطاً في عقدة البيع أم لا فرق. ومن هذا قول ابن عبد الحكم: لا خير في بيع الرجل الدابة بشرط أنها حامل؛ ولو قال هي حامل من غير شرط فلا بأس به اهـ ومن هذا أيضاً قول ابن فتحون إذا كان في الأرض زرع لم يظهر فلا يجوز للبائع استثناء ذلك؛ كالجنين في بطن أمه وهو للمشتري بمقتضى العقد؛ ولا يجوز للمشتري اشتراطه ليلاً تقع له حصة من الثمن؛ وقد لا ينبت ويكون من الغرر اهـ. ومن هذا أيضاً ما نقل ابن عتاب أن ما بقي من الغزل في

المنسج عند القطع إن كان العرف أنه لا يخرج بالحضرة وأن الحائك ينتفع به؛ فيكون ذلك للحائك وكأنه من الأجر؛ ولا يجوز أن يشترطه لأنه شيء بعينه لا يقبضه إلا بعد فراغه من نسج الثوب اهـ. وانظر هل من هذا المنحى شرط الخلط في القراض؟ ومنه أيضا من شرط في حبسه على صغار بنيه أن يكون الحائز لهم نهى عنه مالك؛ وإن كان هذا الشرط هو الذي يوجب الحكم اهـ ومن هذا من اشترى بنصف دينار لشهر فالحكم أنه يحكم عليه بدراهم بصرف ذلك اليوم؛ ولا يجوز أن يشترط هذا في العقد، وقال ابن رشد: إنما منع هذا لأنه قد يحل الأجل والحال أن للبائع قبل المشتري نصف آخر فيقضي عليه بدينار، فعلى هذا يكون الشرط مخالفا لما يقتضيه الحكم اهـ.

ومثله في قواعد المقرري قال بعد ذكره القاعدة المذكورة: واستقرئ تأثيره في قوله في المدونة وإن باع سلعة بنصف دينار إلى أجل واشترط أن يأخذ به إذا حل الأجل دراهم لم يجز؛ قلت: والقاعدة المعروفة له في المدونة إنما ينظر إلى الأفعال لا إلى الأقوال؛ ولذلك تلغى الدراهم التي يذكرها السمسار إذا كانت العادة أن البيع بالدنانير أو اشترط ذلك، وأما مسألة نصف الدينار المتقدمة فوجهها أن جزء الدينار عنده ذهب فلا تتعين الدراهم قبل الحكم لإمكان أن يضرب ذلك الجزء كما في زماننا فيتفق عليه فالبيع عليه معلوم وعلى صرفه مجهول، وإن عين الدراهم بصرف مستأخر فليس من شرط ما يوجب الحكم مطلقا، وبهذا يقع الجواب عن قال كيف تحكمون بجعل النقد في الشورة وتمتع الزوج بذلك مع الزوجة وهو لو شرط ذلك لم يصح؟ والقاعدة أن العرف كالشرط والغالب مقدم على الأصل، ومن ثم قال عبد الحميد وغيره: لو كان الغالب التعامل على الفساد لكان القول قول مدعيه كما وقع لسحنون في المغارسة؛ وقيدوا به قوله في المدونة أن القول قول مدعي الصحة.

- | | | |
|-----|------------------------------|--------------------------|
| ٢٢٨ | وهـ | يوفي بشرط لا يفيد إن بطل |
| ٢٢٩ | كثمر شيء نسله بعينه | كضامن ومشتر بعينه |
| ٢٣٠ | والرهن بالتعيين فيها كالكرا | كثيب بيعت فتلفى بكرا |
| ٢٣١ | والعبد والوكيل إلا بيمين | وشبهها تخريج لخمى يبين |
| ٢٣٢ | في الخلع الاختلاف مما ذكرنا | صححه نجل بشير ويرى |
| ٢٣٣ | غير به فائدة الخوف | |

هذه قاعدة اشتراط ما لا يفيد هل يجب الوفاء به أم لا؟
كمن أسلم في ثمر حائط بعينه أو نسل حيوان بعينه هل يوفى له بذلك أو يعطى حتى من غيرهما على الصفة؟

قوله ثمر هو بالثاء المثناة وسكن الميم ضرورة، وقوله بعينه يرجع لثمر شيء وحذف نظيره في الثاني أو بالعكس، وضمير نسله يرجع لشيء لا بقيد كونه ذا ثمر لاستحالة عادة أي نسل شيء آخر فهو من باب عندي درهم ونصفه، ومعنى بعينه بذاته بخلاف بعينه في قوله ومشتري بعينه فالمراد به العين الذي هو النقد - الدنانير أو الدراهم - فلا إيطاء.

وأشار بقوله كضامن أي معين لقوله بعد بالتعيين فيها أي في المسائل الثلاث إلى مسألة من باع على حميل بعينه غائب فلم يرض الحميل ورضي المشتري أن يأتي بحميل مثل الأول هل يلزم البائع القبول إذا كان مثله في الثقة والوفاء وقلة الدد أم لا؟

وبقوله ومشتري بعينه إلى مسألة ما إذا اشترى على دنانير أو دراهم معينة هل يوفى له بشرطه أم لا؟ وفي ضيغ: فائدة الدراهم والدنانير تتعين في ذوي الشبهات على المشهور وتتعين في باب الصرف على المشهور أيضا حرصا على طلب المناجزة؛ فإن عينت في الصرف تعينت وإن لم تعين فإنها تتعين إما بالقبض أو المفارقة، وقال ابن القصار: الظاهر أنها لا تتعين، وفي المدونة ما يدل على اختلاف قول ابن القاسم في ذلك اهـ وبعض الأشياخ يشير إلى أن المذهب على ثلاثة أقوال: التعيين وعدمه والثالث تتعين في جانب المشتري دون البائع، فالأولان مبنيان على الخلاف في الوفاء باشتراط ما لا يفيد، ورأى في الثالث أن المشتري إذا اشترط التعيين كان له غرض صحيح في اشتراط تعيينها؛ لأنه يمكن أن لا يكون عنده سواها؛ فيشترط تعيينها ليلا يكلف خلفها إن ضاعت؛ بخلاف البائع فإنه لا يظهر لا اشتراطه فائدة. وفيها: إذا أسلمت إليه في طعام أو غيره ثم أقالك قبل التفريق ودراهمك في يده فأراد أن يعطيك غيرها فذلك لك وإن كنت شرطت استرجاعها بعينها اهـ وفيها أيضا أن ابن القاسم رجع عن هذا وقال له أخذ دراهمه؛ وقاله سحنون قال: وهو أحسن لقوله عليه السلام: ((المسلمون عند شروطهم))، وإذ قد يكره مال الغاصب ويرغب في دراهمه لحلها؛ ولأنه بنفس الإقالة صارت ملكا للأول فلا يجوز على أن يأخذ غيرها، قال اللخمي: وعلى هذا تكون مصيبتها من ربها، وعلى القول الأول تكون مصيبتها ممن هي في يده حتى يسلمها.

وأشار بقوله والرهن بالتعيين إلى مسألة من باع على رهن بعينه غائب فهلك الرهن في غيبته؛ فهل للمبتاع أن يأتي برهن سواه ويلزمه البيع أم لا؟ قولان مشهورهما الثاني، وفي خ: "وأجبر عليه إن شرط ببيع وعين".
وبقوله كالكرأ إلى مسألة اشتراط المكري داره على المكثري أن لا يسكن داره إلا بعدد معلوم في عياله فأراد المكثري الزيادة في العدد؛ فهل يمكن من ذلك إذا لم يلحق صاحب الدار منه ضرر؟ وفيها: فإن كان في سكناهم ضرر منع، وقد تكون غرف ضعيفة الخشب ونحوه فينظر في ذلك أهـ مفهومه عدم منعهم وتمكينهم مع عدم الضرر أهـ.

وبقوله: كثيب بيعت فتلفى بكرا والعبد والوكيل إلى من اشترى أمة على أنها ثيب فألفاها بكرا؛ وقوله بكرا بكسر الكاف إتباعا للباء ليناسب القافية التي قبله، ونحو ذلك شراء أمة على أنها كافرة فتوجد مسلمة، أو اشترى عبدا أميا أو جاهلا فألفاه كاتبا أو عالما، ومن وكل رجلا يبيع له سلعة بعشرة فباعها باثني عشر، أو قال له بع نسيئة فباع بنقد، هل لمن ذكر في هذه المسائل الرد أم لا؟ قولان المعروف النفي. جب: فإن شرط ما لا غرض فيه ولا مالية فملغى على المعروف.

وقوله إلا اليمين استثناء من المسائل الثلاث: البكر والعبد والوكيل وما ألحق بها؛ أي إن كان اشترط أحد الثلاثة بسبب يمين فإن الشرط يوفى به على المشهور.

وقوله وشبهها أي شبه اليمين من الأغراض كما إذا كان له غرض في بيع النسيئة؛ أو كان شيئا كبيرا لا يقدر على اقتضاض البكر؛ أو كان اشترأه للنصرانية ليزوجها لغلامه النصراني، وفي خ: "ورد بعدم مشروط فيه غرض كثيب يمين فيجدها بكرا" وكمن عليه يمين لا يملك مسلمة فاشترط نصرانية فله شرطه.

وحكي عن القوري أن ابن الفتوح قال: سبب انتقالي من تلمسان إلى فاس عجز فقهاء تلمسان عن مسألتين إحداهما مسألة الأمة هذه؛ قالوا فيها كمن ضاع له قب فوجد حماما؛ والقب واحد الأكواب؛ والثانية من التزم من النذر ما لا يبلغه عمره أهـ.

وقوله تخريج لخمى يبين في الخلع إلخ: تخريج مبتدأ؛ وفي الخلع يتعلق بتخريج؛ والاختلاف مفعول تخريج وبه يتعلق مما ذكر؛ والخبر جملة صححه نجل بشير؛ أي تخريج لخمى في الخلع الاختلاف مما ذكر في هذه القاعدة صححه ابن بشير وغير اللخمى يرى في مسألة الخلع فائدة الخوف، والمعنى أن اللخمى خرج من هذه القاعدة المذكورة الخلاف في المختلعة تشتترط على مخالعتها أن يطلقها ثلاثا فطلقها واحدة هل لها متكلم أم لا؟

والمذهب لا متكلم لها؛ وصحح ابن بشير اللخمي وبحث فيه غيره كابن عبد السلام والمقري، جب: ولو قالت طلقني ثلاثا على ألف فقال طلقتك واحدة أو بالعكس وقع الخلع واستحق الألف على المنصوص فيهما لأن مقصودها حصل، وقال اللخمي: أرى إذا أعطته أن يطلقها واحدة فطلق ثلاثا أن ينظر إلى سبب ذلك؛ فإن كان راغبا في إمساكها وهي راغبة في الطلاق فلا مقال لها، وإن كان راغبا في الطلاق فأعطته على أن يكون طلاقه واحدة أن ترجع بجميع ما أعطته لأنها إنما أعطته على أن لا يوقع إلا اثنتين لتحل إن بدا له من قبل زوج؛ وكذلك إن أعطته على أن يطلقها ثلاثا فطلقها واحدة ينظر فإن كان عازما على طلاقها واحدة كان لها أن ترجع بجميع ما أعطته لأنها للثنتين أعطته وإن كان راغبا في إمساكها فأعطته على أن يطلقها ثلاثا جرت على قولين في من شرط شرطا لا ينفعه هل يوفى له أم لا؟ وبحث ابن عبد السلام والمقري في قوله هذا؛ قال ابن عبد السلام: قد يقال فيه أن من شرط ما يفيد لأنه إن كان راغبا فيها وهي كارهة كان مقصودها من إعطاء العوض البعد منه على أتم الوجوه بحيث لا يبقى له فيها طلب وذلك إنما يحصل مع الثلاث؛ وأما الواحدة فقد يتوسل إلى مراجعتها بمن لا يمكنها رده اهـ وقريب قول المقري: ولقائل أن يقول هذا يفيد تقيية غابة الشفاعة في مراجعته على كراهة منها اهـ

ومما يشبه اشتراط ضامن معين ما إذا اشترط التحمل له على حميل الوجه أن يحضر غريمه ببلد سماه فأحضره بغيره من البلاد مما تأخذه فيه الأحكام، ولا مضرة تلحق المتحمل له في أخذه هنالك هل يبرأ أم لا؟ اختلفوا فيه على قولين خرجهما المازري على القاعدة المذكورة اهـ. وما إذا اشترط المتحمل له على الحميل إحضار الغريم ببلد تأخذه فيه الأحكام فخرّب ذلك البلد وصار مما لا تجري فيه الأحكام؛ فأحضره له في ذلك البلد هل يبرأ أم لا؟ قولان نقلهما ابن عبد الحكم خرجهما اللخمي في اشتراط ما لا يفيد اهـ ابن عرفة: وفي ذلك نظر إذ قد يكون مفيدا كما إذا كان البلد المشتراط إحضاره فيه هو موضع بينة؛ أو كان الحق غير عين وللطالب أخذه في محل الاشتراط اهـ وفي ابن غازي على قوله في خ: "وبغير بلده إن كان به حاكم": فإن قلت هل يجوز أن يعود الضمير من قوله وبغير بلده على الاشتراط المفهوم من قوله قبله إن لم يشترط؛ ويكون أشار به إلى أحد القولين في مسألة ابن عبد الحكم، قلت لو صح تشهير القول بالبراءة في مسألة الاشتراط لبعد هذا المحمل فما ظنك به إن لم يصح اهـ.

٢٣٣ وهل ظن كمال كتحقق نقل

٢٣٤ في كزكاة وقضا
.....

هذه قاعدة ظن الكمال هل كتحققه أم لا؟ أي اختلف في ظن كمال العبادة
وتاممها هل هو كتحقق ذلك وتيقنه؟

قال المنجوري: لم يتبين لي وجه إدخال الناظم قاعدتي الظن والشك في
فصل؟؟؟ وإنما ذكرهما المقرئ في فصل الطهارة اهـ فمن ظن أنه أخرج
الزكاة هل تبرأ ذمته بذلك أم لا حتى يتيقن الإخراج؟ و من ظن أنه قضى ما
وجب عليه من رمضان هل تبرأ ذمته أم لا حتى يتيقن أنه قضى؟ اهـ
وكذلك من ظن أنه أكمل صلاته هل يبني على الظن أم لا يبني إلا على يقين
ويعيد؟ في ذلك قولان؛ قال المقرئ: المعتبر في الأسباب والبراءة وكلما
ترتب عليه الأحكام العلم؛ ولما تعذر أو تعسر في أكثر ذلك أقيم الظن مقامه
لقربه منه؛ ولذا سمي باسمه: فإن علمتموهن مؤمنات؛ وبقي الشك على
أصل الإلغاء إلا أن يدل دليل خاص على ترتب حكم عليه؛ كالنضح فلا
عبرة في الشك في الحدث في إيجاب الوضوء ولا يقطع استصحاب الإباحة
المتقدمة هذا مذهب الشافعي؛ واستصحب مالك الوضوء وسفيان المراجعة
بالشك في الطلاق، وأما إتمام الصلاة فالمعتبر عند الشافعي والباقي اليقين؛
وعند النعمان وابن الحاجب الظن؛ ولعل مراد ابن الحاجب الظن الغالب
الذي تسكن إليه النفس ويطمئن به القلب إذ هو المراد من اليقين هنا؛ لا العلم
الذي لا يحتمل النقيض؛ لأن الأصل في الصلاة عمارة الذمة المتيقنة
والأصل أن لا يجتزئ بالظن؛ وفي الوضوء البراءة المتيقنة ولا ترفع
بالشك.

قاعدة: اختلف العلماء هل ينقطع حكم الاستصحاب بالظن وهو المختار أو
لا بد من اليقين؟ وهي فقهية أصولية؛ ونص الباقي في الصلاة أن مذهب
مالك هو الأول ومذهب أبي حنيفة هو الثاني؛ وحكاية جب تدل على أن
مذهبهما واحد قال: ويبني الظان على ظنه والشاك على الاحتياط، وقد يقال
إن مذهب محمد الظن والنعمان اليقين من اختلافهما في القرء؛ وللمالكية
القولان ويخرج عليه اختلافهم في المعتدة هل تحل بأول الدم الثالث أو حتى
تستمر الحيضة اهـ

٢٣٤ والشك في نقص وزيد كتحقق قفي

٢٣٥ في ركعة شوط وفي الوضو خلاف وكربا وفي طلاق اختلاف

هاتان قاعدتان: الأولى: الشك في النقصان كتحققه، والثانية: الشك في الزيادة كتحققها، قفي أي اتبع هذا الأصل في ركعة؛ أي من شك أصلى ثلاث ركعات أم أربعا فإنه يأتي برابعة ويسجد بعد السلام على المشهور، وقال ابن لبابة: يسجد قبل السلام في هذه الزيادة وحدها؛ وفي خ: "كتمم لشك" أي يسجد بعد السلام.

وأشار بشوط إلى مسألة من شك في بعض أشواط الطواف أو السعي فإنه يبني على اليقين ويأتي بما بقي، قال في خ: "وبنى إن رعف وعلى الأقل إن شك" بهرام: هذا نص مالك.

وبقوله في الوضو خلاف إلى من شك في الثالثة في الوضوء هل يكره له الإتيان بها أم لا؟ قولان؛ وفي خ: "وإن شك في الثالثة ففي كراهتها قولان". وأشار بقوله وكربا الخ إلى مثال القاعدة الثانية وهو أقوال الفقهاء في الشك في التماثل إنه كتحقق التفاضل فيما لا يجوز فيه التفاضل.

وبقوله وفي طلاق اختلاف إلى مسألة الاختلاف فيمن لم يدر أطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا؛ قيل تلزمه الثلاث أو واحدة رجعية قولان؛ مذهب المدونة هو الأول، وفي خ: "وإن شك أطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا لم تحل إلا بعد زوج وصدق إن ذكر في العدة".

فصل في العطايا وما يتعلق بها.

٢٣٦ وما بغير عوض ينتقل فحوزه حتم به ينكمل

هذه قاعدة كل ما ينتقل ملكه بغير عوض فإنه لا يتم إلا بالحوز، إلا أنه لو قال: كل عقد معروف يفتقر إلى الحوز ليشمل السلف والرهن يتبرع به بعد العقد ويبقى ما انعقد عليه البيع ونحوه من الرهن، جب: وشرط استقرارها لا لزومها الحوز كالصدقة والعارية والقرض كالهبة في الحوز؛ ضيح: وكل معروف كالعريّة والمنحة والعمرى والسكنى والحبس؛ واختلف في الكفالة والمشهور أنها لا تفتقر إلى حيازة، وحكى المازري في ذلك قولين: أحدهما أن عدم الحوز فيها كعدم الحوز في الهبات، والثاني أنه بخلافها لتعلق حق المتحمل له اهـ وتظهر ثمرة الخلاف في الضامن إذا تحمل بشيء لأحد وهو في موضع لا تناله الأحكام؛ أو كان ممن لا تجري عليه الأحكام فزال ذلك؛ فالقائل باشتراط الحيازة في الضامن لا يوجب على الضامن غرماً؛ والقائل بعدم الاشتراط - وهو المشهور - يوجب عليه الغرم.

٢٣٧ تقرير أو إنشاء وفاق وارث

هذه قاعدة هل إجازة الورثة تقرير للعطية أو إنشاء لها؟ أي هل وفاق وارث تقرير أو إنشاء؟ فيه خلاف ينبني عليهما إجازة الورثة الوصية للوارث أو الزائد على الثلث؛ فعلى أن الإجازة إنشاء يفتقر ذلك إلى الحوز في الصحة والملاء؛ وعلى أنها تقرير لا يفتقر إلى حوز، وخرج اللخمي من المدونة أنها ابتداء عطية وهو المشهور عند غير القضاة الثلاثة؛ وعليه مر في خ إذ قال: "وإن أجبر فعطية" أي فيحتاج إلى حوز، وأما عند القضاة الثلاثة أبو الحسن وأبو محمد وأبو الوليد فاختروا أن الإجازة تقرير ولم ينقلوا عن المذهب غيره اهـ ونص أبو عمر أن على الغرماء منع المفلس من إجازة الوصية للوارث أو بأكثر من الثلث ولم يحك فيه خلافاً؛ وهو مبني على المشهور من أن الإجازة إنشاء؛ والجاري على أنها تقرير لا يمنعوه اهـ **تنبيه:** هذه القاعدة كقاعدة المترقيات إذا وقعت هل يقدر وقوعها يوم الأسباب التي اقتضت أحكامها وإن تأخرت الأحكام عنها أم لا؟ وتقدمت.

هذه قاعدة الملحقات بالعقود هل تعد كجزئها أو إنشاء ثان؟ ويقال هل تعد كأنها مصاحبة لها أو شيء حادث مستقل بنفسه؟ خلاف، كزيادة في ثمن سلعة بعد العقد هل يفتقر إلى الحوز بناء على أنها كالهبة أو لا بناء على أنها لجزء الثمن الواقع به العقد؟ ويحتمل أن يكون قوله ثمر بالراء إشارة إلى مسألة الثمر المأبور الآتية.

وأشار بقوله مهر إلى مسألة الزيادة في الصداق بعد العقد فهل تفتقر إلى حوز أم لا؟ المنصوص لابن القاسم - وهو المشهور - الافتقار؛ وفي خ: "وسقط المزيد بالموت فقط".

وقوله وصرف إلى مسألة الزيادة بعد الصرف؛ قال في المدونة: وإن صرفت رجلا دينارا ثم لقيته بعد أيام فقلت قد استرخصتني الدينار فزدني فزادك دراهم نقدا أو إلى أجل فجائز ولا ينتقض الصرف وليس لك رد الزيادة لعيب فيها؛ وإن كان الدينار رديئا فرددته أخذ منك الذي زادك مع دراهمه لأنه للصرف زادك فترده برده، وكذلك الهبة بعد البيع إن رد السلعة لعيب أخذها، ولأشهب عن مالك في المدونة أنه يبذل المزيد الزائف فحمله بعض الشيوخ على الخلاف وبعضهم على الوفاق بحمل ما في الموازية على إيجاب الزيادة؛ لأنه قال فيها: لقيه فقال نقصنتي عن صرف الناس فزدني فيفهم أنه إذا زاده فقد ألحقه بصرف الناس وقد أوجب الزيادة؛ أو يوفق بأنه إن قال له أزيدك هذا الدرهم فوجد زائفا فلا يرده وإن قال أزيدك درهما فعليه البذل اه وقال القاضي إسماعيل في المبسوط: الزيادة كالجزء ويبطل الصرف بتأخرها كما لو تأخر جزء من الصرف لقول عبد الملك في رجلين اشتريا شيئا من رجل ثم إن البائع وضع لأحدهما شيئا من الثمن فإن كان ذلك شيئا يشبه إصلاح ذلك البيع فهو من الشريكين، وإن كان لا يشبه إصلاح ما مضى مثل أن يحط عنه الثمن كله أو أكثره فإنما هي هبة وليست من البيع اه وفي خ: "وردت زيادته بعده لعيبها وهل مطلقا أو إلا أن يوجبها أو إن عينت تأويلات" قال المقرئ: اختلفوا في الملحقات بالعقود هل تعد كجزئها أو كالهبة؟ فإذا قال بعد الصرف استرخصت فزدني فزاده فإن تحقق الإلحاق كأن يزيده خشية الفسخ أو لإصلاح العقد ففي انتقاضه قولان؛ وإلا جاز ولم يجب بدله إن كان معينا وإلا وجب ولم ينتقض الصرف اه

وبقوله وسلم إلى مسألة من أسلم في مائة قفيز مثلا فزاده مثلها؛ فإن الحقناه بالعقد جاز وهو مذهب المدونة؛ وإن قطعناه امتنع لأنه هدية مديان وهو مذهب سحنون؛ ووجه مذهب المدونة بأنه رفع التهمة بالكثرة اهـ وقال المواق في قول خ: "وثن المبيع من العين كذلك وجاز بأكثر": وأما إن كان من بيع فيجوز؛ يدل على ذلك قول ابن القاسم في من أسلم إلى رجل في مائة إردب إلى أجل ثم شكا إليه الغلاء فزاده مائة أخرى إلى ذلك الأجل أو قبله أو بعده إن ذلك جائز اهـ

وبقوله زرع وخلفة الخ إلى ابتياع الزرع المأبور وخلفة الفصيل والثمرة المأبورة ومال العبد بعد شراءه الأصل والرقبة هل يجوز ذلك أم لا؟ في الجميع قولان، وحكى بعضهم في الثمرة ومال العبد أربعة أقوال: ثالثها الجواز في الثمرة دون مال العبد؛ رابعها يجوز بحدثان العقد، رواه أصبغ عن ابن القاسم، يحيى: وحد القرب عشرون يوما اهـ جب: بيع الثمرة المأبورة لمشتري الشجر يصح على الأصح، ضيح: كجواز بيع الخلفة بعد شراء الأصل؛ وكاشترى الأرض فيها زرع لم يبد صلاحه مجردة من الزرع ثم اشتراه؛ وكبيع مال العبد في عقد ثان؛ بناء على أن اللاحق للعقد وقع فيه أم لا؟ وفي خ: "وصح بيع ثمر ونحوه بدا صلاحه إن لم يستتر وقبله مع أصله إن ألحق به" اهـ ومحل الخلاف في الثمر وما ألحق به إذا بقي الأصل بيد المشتري؛ فلو جز الأصل ثم اشترى الخلفة فلا يجوز باتفاق؛ وكذا النخل على الإطلاق؛ ثم إن أراد أن يشتري زرع الأرض أو ثمرة النخل اهـ من ضيح.

ودخل في قوله وشبه علما أيضا اشتراط ضمان المبيع الغائب على الصفة عقب العقد على من ليس عليه من بائع أو مبتاع حيث يجوز هل يصح أم لا؟ قولان؛ قال في ضيح: واختلف إذا لم يشترط أحدهما على الآخر الضمان ثم أراد أن يشترطه بعد العقد فقولان بالجواز والمنع اهـ ودخل فيه أيضا الخلاف في تعلق الضمان أمن البائع أم من المبتاع إذا وجب الخيار للمبتاع بعد البت؟ قال في ضيح: اختلف في ضمان المبيع على خيار بعد بيعه على البت؛ ففي المدونة: هو من المشتري لأنه صار بائعا، ظاهرها سواء جعل البائع الخيار للمشتري أو العكس، قالوا: إن جعله المشتري فالضمان منه اتفاقا وإن جعله البائع فقولان؛ بناء على أن الملحقات للعقد هل تعد واقعة فيه أم لا؟

٢٣٩	تنبيه اعلم أنهم لم يطردوا	ذا الأصل في شرط نكاح يرد
٢٤٠	والطبل والإنفاق والتوظيف	تطوع الشريك والتسليف
٢٤١	ثنيا وإمتاع وطوع بعيوب	أو نقده الثمن في اللائي تؤوب
٢٤٢	إلى جواز كخيار وكرا	جعل وغائب وشبه قررا

قال في إيضاح المسالك: تنبيه لم يطردوا هذه القاعدة في مسائل كثيرة كشرط النكاح ونفقة الربيب وبيع الدار المطبلة والأملك الموظفة والإمتاع والثنيا وتسليف أحد الشريكين صاحبه بعد العقد والشروع أو تطوعه بزيادة في العمل أو في المال أو فيهما بعده والطوع بعيوب المبيع بعد العقدة وينقد الثمن في الخيار والعهدة والمواضعة والمبيع الغائب على صفة صاحبه وبيع الحيوان والعروض البعيدة الغيبة على الصفة ومسائل الجعل والإجارة على حزارة زرع واشترائط تأخير دابة معينة لتركيب بعد شهر وكراء الأرض الغير المأمونة كأرض الأندلس والمغرب؛ وكذلك الجنات والأرحى والأرض المبيعة على التكسير، ومقتضى القول أن الملحق بالعقد يعد كجزئه فساد هذه العقود كما أشار إليه في ضيغ في مسألة الشركة، ومقتضى ذلك القول أيضا دخول طرق البراءة وأقوالها العديدة التي في الطوع بعيوب المبيع. وأشار بعض أصحاب النوازل إلى عدم اللزوم فيها تخريجا على إسقاط الشيء قبل وجوبه، ونمطه في المذهب المالكي كثير وقد مر تقرير بعضه اهـ والصواب أنه من باب إسقاط الشيء قبل وجوبه وقبل العلم به فهو أقوى اهـ

وقوله أو نقده الثمن في اللائي تؤوب إلى جواز أي تطوعه بنقد الثمن في المسائل التي ترجع إلى الجواز أي التي هي بصدد الفسخ وانحلال العقد.

٢٤٣ هل جملة الملك ببطلان أحق أم جهة إن دار بين ما سبق

٢٤٤ وذا لمضطر وجبر الجار وشركة الوقف وشبهه جاري

هذه قاعدة الملك إذا دار بين أن يبطل جملة أو من وجه وهل الثاني أولى؟ خلاف؛ كالمضطر إلى الطعام إذا وجب عليه أكل طعام الغير ووجب رفع يد مالكة عنه هل تلزمه قيمته أو لا؟ قولان، قال الحطاب - في قول خ: "وطعام غير" - قال في القوانين وإذا وجد ميتة وطعام الغير أكل الطعام إن أمن من أن يعد سارقا وضمنه وقيل لا يضمن اهـ قال ابن ناجي في شرح الرسالة: الأول هو الذي به الفتوى وهو جار على القول ببطلان الملك من جهة فقط؛ والقول بنفيه جار على القول ببطلان الملك جملة اهـ

وأشار بقوله وجبر الجار إلى مسألة إجبار الجار على إرسال فضل مائه على جاره إذا انهدمت بئره وله زرع يخاف عليه وقد أخذ يصلح فهل عليه لصاحب الماء ثمنه أم لا؟ قولان: الثاني مذهب المدونة قال فيها: وأما إن حرث ولأرضه يئر فانهارت فخاف على زرعه فإنه يقضى له عليك بفضل ماء بئرك بغير ثمن اهـ والأول لمالك أيضا ورجحه ابن يونس؛ ولذا قال في خ: "والأرجح بالثمن كفضل من زرع بين خيف على زرع جاره بهدم بئره وأخذ يصلح".

وبقوله وشركة الوقف إلى مسألة القيام بضرر الشركة في الوقف هل يباع الحبس ويعوض به في غيره أو يبطل رأسا؟ قولان: ثانيهما اختيار اللخمي، والأول قول عبد الملك بن الماجشون وبه العمل كما قال صاحب العمليات. وبقوله وشبهه جاري إلى ما أشبه هذه الفروع كما إذا أدى الرجل عن غيره ديناً فهل يصدق في التبرع عنه أم لا؟ قولان: الأصح الأول. وكمن قال لعبداه أعتقتك على مال وقال العبد بغير شيء فلمن القول منهما؟ فيه قولان؛ قال في المدونة: القول قول العبد، واقتصر عليه في خ إذ قال: "والقول للسيد في نفي العمد لا في العتق بمال" وقال أشهب القول قول السيد، وهذا الفرع يجري على هذه القاعدة وعلى قاعدة اجتماع الإقرار والدعوى كما مر اهـ

ومما أشبه الفروع مسألة اعتبار الكلام بآخره وهو أصل لا ينبغي أن يعدل عنه إلا لمانع منه وإلا سقط الاستثناء والشرط ونحوهما؛ فإذا قال هذه الجبة لك وبطانتها لي أو هذا الزيت لك والجرة لي لم يقبل؛ وخاتم فسه لي نسقا يقبل؛ وفي ثوب في منديل قولان؛ وهذا كله مذهب مالك وتقدم ذلك في قاعدة تبويض الدعوى اهـ

هذه قاعدة الخلاف في لزوم العدة وفيه أربعة أقوال: الأول اللزوم مطلقا وإليه أشار بنعم، والثاني عكسه وإليه أشار بلا ومعناه لا يلزم، والثالث يلزم إن وقعت على سبب وإليه أشار بقوله نعم بسبب أي نعم يلزم إن وقع مع سبب، والرابع يلزم إن دخل في سبب وإليه أشار بقوله أو إن لزم أي يلزم الوعد إن لزم السبب وذلك بالوقوع فيه. قال ابن هلال في أجوبته وكان معاصرا للناظم الزقاق: اختلف في لزوم العدة على أربعة أقوال: قيل تلزم مطلقا وهو مذهب ابن وهب وعمر بن عبد العزيز، وقيل لا تلزم مطلقا وهو الذي يأتي على ما في سماع أشهب وابن نافع في كتاب العارية من العتبية، وثالثها التفصيل إن كانت على سبب لزمه وإن لم يحصل السبب وإلا فلا وهو قول أصبغ في كتاب العدة من العتبية، ورابعها إن كان على سبب ووقع السبب لزممت وإلا فلا وهذا قول ابن القاسم في العتبية؛ وهو مقتضى ما في كتاب بيع الغرر من المدونة في من قال لرجل ابتع عبد فلان وأنا أعينك بألف درهم فابتاعه لزمه ذلك الوعد، وأخذ بعضهم ذلك من المدونة أيضا في كتاب النكاح، وقد ترجم العتبي رحمه الله في مستخرجته للعدة كتابا وذكر من ذلك روايات وأقوالهم مضطربة؛ وحصلها ابن رشد في كتاب العارية من البيان على نحو ما ذكرنا وزدنا على تحصيله مذهب المدونة في ذلك اهـ من كلام ابن هلال.

وقال في ضيحه - في قول جب في الخلع ومثل إن أعطيتني ألفا فأنت طالق -: إن فهم الالتزام لزم وإن فهم الوعد فدخلت في شيء بسببه كما لو باعت قماشها أو كسرت حليها فقولان، وروى أبو زيد عن ابن القاسم أنه يلزم، ابن عبد السلام: وهو المعروف وقيل لا يلزمه ويحلف ما أردت طلاقا؛ ومفهوم كلامه أنها لو لم تدخل في شيء بسبب الوعد فلا يلزمه الطلاق وهو جار على المشهور في عدم وجوب الوفاء بالوعد، وعلى الشاذ بلزوم الوعد يلزم الطلاق، قال في البيان: وعليه فيحلف اهـ وقال في خ: "والبينونة إن قال إن أعطيتني ألفا فارقتك أو أفارقك إن فهم الالتزام أو الوعد إن ورطها".

فصل:

في اللقطة والأكرية والوديعة والشفعة وبعض رزقة العبيد وما أشبه ذلك.

- ٢٤٦ هل عادة كشاهد أو شاهدين زيد عدالة كذاك دون مين
٢٤٧ لأول كالمطمط والوكاء والرهن والساكت والإرخاء
٢٤٨ كامرأة تدمي وللتاني ورد نكاح أو شبه بأعدل وجد
٢٤٩ قال موثق نكاح وطلاق جرح دماء وحدود وعتاق
٢٥٠ في عدم الحكم به تشارك

هاتان قاعدتان: الأولى هل العادة كشاهد واحد أو كشاهدين؟ والثانية: زيادة العدالة هل كشاهد واحد أو كشاهدين؟

الأصل الأول منها مسألة الجدار يتنازع فيه فيقوم شاهد العادة لأحد المتداعيين بأن له قمت - أي الجص الذي يلبس به الجدار وقيل هي العقود وهي معاهد الحيطان - فهل يحتاج إلى يمين بناء على أن شاهد العرف كشاهد واحد اصطلاحاً أو لا يحلف بناء أنه كشاهدين؟

وبالوكاء على من عرف اللقطة بالوكاء أو العفاص، والوكاء الخيط الذي يلف به العفاص وهو الصرة التي فيها الشيء؛ هل يحلف أم لا؟ وبالرهن أي من شهد له الرهن في الاختلاف في قدر الدين هل يحلف أم لا؟

وبالساكت إلى من أنكح ابنه البالغ وهو ساكت حتى إذا فرغ أنكر بحدثان ذلك فاستحلف أنه لم يرض فنكل، فإن قلنا كالكشاهدين لزمه النكاح وعليه نصف الصداق وإلا لم يلزمه، ويحتمل عندي أن يكون أراد بالساكت الساكت في الحيازة القاطعة إن وجد الخلاف في يمين من ثبتت له. وبالإرخاء إلى مسألة إرخاء الستر أي البناء في التنازع في المسيس. وبامرأة تدمي إلى مسألة المرأة تتعلق بالرجل وهي تدمي فتدعي أنه اغتصبها وجاءت مستغيثة عند النازلة اهـ.

ومثلها اليد مع مجرد الدعوى أو مع تكافئ البينتين ونكول المدعى عليه والقضاء بما يعرف لجنس أحد الزوجين في الاختلاف في متاع البيت. وزاد المغربي وهو أبو الحسن الصغير تصديق الراهن في دفع الدين إذا قبض الرهن؛ قال ابن ناجي: عدها مناقض لما نص عليه ابن الهندي وغيره فيما إذا وجدت الوثيقة بيد المديان ويقول ما قبضتها حتى دفعت ما علي فإنه لا

يقبل منه ويؤخذ بالحق لأن من حجة رب الدين أن يقول سقطت مني أو سرقت، وحمل أبو مهد مسألة الرهن على ما إذا أقر المرتهن أنه دفع له الرهن؛ وأما إذا خالف وقال لم أدفعه فإن القول قول المرتهن كمسألة الوثيقة. وقال في خ في مسألة تزويج الابن: "وحلف رشيد وأجنبي وامرأة أنكروا الرضى والأمر حضورا إن لم ينكروا بمجرد علمهم وإن طال كثيرا لزم" وقال في الإرخاء: "وصدقت في خلوة الاهتداء وإن بمانع شرعي" ولفظ التصديق عنده يقتضي نفي اليمين، وقال في الاختلاف في متاع البيت: "فللمرأة المعتاد للنساء فقط بيمين وإلا فله يمين"، وقال في المغتصبة في باب الغصب: "وإن ادعت استكراها على غير لائق به بلا تعلق حدث له" ففهم أنها تصدق مع التعلق وهل بيمين أم لا؟ وعن مالك نفيها واستحسنه اللخمي واختار ابن يونس وغيره الأول، وقال في مسألة الرهن: "وهو كالشاهد في قدر الدين لا العكس إلى قيمته" ومقتضاه بيمين، وقال في اللقطة: "ورد بمعرفة مشدود فيه وبه وعده بلا يمين"، وقال في الترجيح بين البيئتين: "وبيد أن ترجح بينة تقابله فيحلف" وقال بعده: "وإن تعذر ترجيح سقطتا وبقي بيد حائزه" يريد فيحلف كما نص عليه في المدونة ونص عليه هو في اليد اهـ

وأشار بقوله والثاني ورد نكاح الخ إلى ما ينبنى على القاعدة الثانية؛ وذلك في قيام بينتين لرجلين في نكاح امرأة وإحدى البيئتين أعدل من الأخرى، وكذا ما يشبه النكاح مما ليس بمال ولا أئله إليه فهل يقضى في النكاح وشبهه بالأعدل بناء على أن زيادة العدالة كشاهدين أو لا يقضى بها بناء على أنها كشاهد واحد؟ قولان والمشهور الثاني، قال جب في ذات الوليين: ولو شهدت بينتان تساقطتا ولا يقضى بالأعدل بخلاف البيع، وقال سحنون: يقضى بالأعدل كالبيع، ويقول سحنون قال اليررقي واختاره عبد الحق؛ وفي خ: "وأعدلية متناقضتين ملغاة" المقري: إذا اختلف المتبايعان في الثمن وأقاما بينتين قضي بأعدلتهما؛ وفي اليمين مع الأعدلية قولان على الأصل اهـ

وقوله قال الموثق وفي نسخة وقال بعضهم والمراد ابن الهندي، وقوله نكاح مبتدأ وقوله تشترك هو الخبر، وبه أي الأعدل أي هذه الستة تشترك في عدم الحكم بالأعدل؛ وأراد بالدماء والجرح دماء العمد وجرحه وبالحدود حدود الزنى والقتل والسرقه والشرب والحراية وهذا الذي ذكر مبني على المشهور أن زيادة العدالة إنما تقوم مقام الشاهد الواحد غير أن ما ذكره في جرح العمد مبني على أنه يقتص في الجراح بالشاهد واليمين وهو خلاف المشهور.

هذه قاعدة هل الأرض مستهلكة لما يزرع فيها أم مربية له؟
وينبني عليها الخلاف في جواز كراء الأرض بما ينبت فيها غير الخشب
وبطعام مطلقا فيجوز بناء على أنها مستهلكة لما يزرع فيها؛ وعلى أنها
مربية له فلا يجوز كراؤها بذلك وهو المشهور؛ وعليه اقتصر في خ إذ قال
- عاطفا على ما يمنع من الإجارة -: "وكراء الأرض بطعام أو بما تنبته إلا
كخشب".

٢٥١ وهل كذي غرم غريمه

أي هل غريم ذي غرم كذي غرم أم لا؟ هذه قاعدة غريم الغريم عند عدم
الغريم كالغريم أم لا؟
وينبني عليها الخلاف في مطالبة المقضي له للشاهدين بما رجعا عنه قبل
غرم المقضي عليه إذا تعذر الأخذ منه فهل يطالبهما المقضي له لأنهما
غريماه بناء على أن غريم الغريم كالغريم، أو لا يطالبهما إلا المقضي عليه
لأنهما ليسا غريمي غيره بناء على أن غريم الغريم ليس كالغريم؟ في ذلك
قولان، وعلى الأول اعتمد صاحب خ إذ قال: "وللمقضي عليه مطالبتهما
بالدفع للمقضي له وللمقضي له ذلك إذا تعذر من المقضي عليه" وتبع في
هذا جب، وقال ابن عرفة: قول جب وللمقضي له ذلك إذا تعذر من
المقضي عليه وهم لأنه خلاف المنصوص اهـ يعني ما في النوادر عن
المدونة؛ ولو ذكره بعد ذكر المنصوص أمكن أن يكون قولاً انفرد بمعرفته،
قال ابن عبد السلام: لا أعلم من أين نقله جب اهـ وقال ابن غازي بعد قول
خ وللمقضي له ذلك الخ: الذي في كتاب محمد خلاف هذا؛ وزعم خ في
ضحك أن ما قاله جب هو مقتضى الفقه ولعله لهذا تبعه وما كان ينبغي له
ذلك.

٢٥١ وهل الفرع باطل إن الأصل باطل

هذه قاعدة هل يثبت الفرع والأصل باطل أم لا؟

٢٥٢ كذا مسبب إن انتفى السبب

هذه قاعدة أخرى هل يحصل المسبب والسبب غير حاصل؟
ويمثل لهما بمن أقر بزوجة في صحته ثم مات وليس بطارئ؛ أو أقر
بوارث وليس له وارث معروف، فهل يثبت للزوجة أو الوارث المقر به
ميراث أم لا؟ قولان: أولهما لابن القاسم وهو المشهور؛ وثانيهما لأشهب
وهو المنصور، قال المقرئ: صحة الالتزام لا تتوقف على ثبوت المطابقة
بل يكفي دعواها؛ كمن أقر بزوجة في صحته الخ فقيل إقرارا بالمال وهو
المشهور غير المنصور؛ وقيل لا وهو الصحيح لأن الفرع لا يثبت والأصل
باطل، وإقرار الوارث بالنسب يتضمن الإقرار بالمال؛ فإذا لم يثبت لم يثبت
المال في ظاهر الحكم عند محمد، واختلف مذهب مالك في دفع المال فيما
بينه وبين الله والحق وجوبه؛ كما لا يحل للمقر له إذا كان المقر كاذبا، وقال
مالك والنعمان بوجوب الشركة في المال؛ ولا أدري كيف يثبت الفرع
والمضمن مع انتفاء الأصل والمتضمن؟ وليس قصده المال فيقدم على
ظاهر لفظ الإقرار؛ ألا تراه لو أقر ببنة أسن من أبيه لم يعتبره، والإقرار
المركب عند مالك والنعمان إقراران؛ فإذا أقر الوارث الذي يحوز المال
بالنسب ثبت المال وكان شاهدا بالنسب؛ وعند محمد إقرار واحد فيتلازمان،
وسبب الملك الحاجة فإذا انتفت انتفى على اشتراط العكس؛ فإذا مات وترك
دينا فالمال على ملك الوارث عند مالك لأن الأصل عدم علة أخرى، وقال
محمد: بقيت حاجة القضاء والبراءة منه فهو على ملكه حتى يقضى دينه
وعليهما رد الغريم بيع الوارث كالوارث؛ قال ابن القاسم: لا يرد لأن
الوارث لو أعطاه من غير ذلك لزمه قبوله اهـ كلام المقرئ.

وفي خ: "وبأكل من تركته قبل قسمها في لا أكلت طعامه إن أوصى أو
كان مدينا" هذا قول ابن القاسم؛ وقال أشهب: لا يحنث ولو احتاط الدين
بتركته، قال ابن رشد: وهو أظهر لأن الميت إذا مات فقد ارتفع ملكه عن
ماله ووجب لمن يجب أخذه من ورثته ووصاياه وغرمائه إن كان عليه دين؛
وهذا الخلاف إنما هو إذا لم يكن للحالف نية ولا كان ليمينه بساط يستدل به
على إرادته؛ فإن كانت يمين الحالف لأجل كراهية المال لخبث أصله فهو
حانث بكل حال كان على الميت دين أو وصية أو لم يكن؛ وإن كان كراهية
لمنه عليه فلا حنث عليه على كل حال اهـ

ومن فروع القاعدتين أيضا شهادة عدل واحد أو مع امرأتين عدلتين على
النكاح بعد الموت؛ أو على سبقيته أحد الوارثين، فعند ابن القاسم يثبت المال
دون النكاح ودون النسب، وعند أشهب لا يثبت المال إلا بعد ثبوت النكاح
والنكاح لا يثبت بذلك، وعلى مذهب ابن القاسم مشى في خ في قوله:
"ونكاح بعد موت أو أسبقية موت ولا زوجة ولا مدبر ونحوه" فهو من تمام

ما يقبل فيه عدل وامرأتان أو أحدهما بيمين اهـ وليس قوله متصلا به:
"وثبت الإرث والنسب له وعليه" مفرع عليه؛ بل هو مفرع على قوله:
"ولما لا يظهر للرجال الخ" اهـ

وإنما جعل السبب مع المسبب والفرع مع الأصل قاعدتين لأن أصل السبب
أعم من أصل الفرع، ويظهر أيضا من كلام المقرئ المتقدم تعدد القاعدتين.

٢٥٢ هل ينتفي الفرع إن الأصل ذهب

هذه قاعدة هل يسقط الفرع بسقوط الأصل أم لا؟
كمن ربح عشرين دينارا في مائة وعليه مائة هل تسقط زكاة العشرين
كسقوط زكاة المائة ويستقبل بالعشرين حولا من يوم الربح أم لا؟ قولان
مشهورهما الثاني؛ ولذا قال في خ: "وضم الربح لأصله ولو ربح دين لا
عوض له عنده" وهو قول ابن القاسم ورواية أشهب عن مالك، والأول قول
المغيرة، وقال مطرف: وإن نقد شيئا من ماله دينارا فأكثر أو أقل زكى
الربح وإلا استقبل.

وكسقوط الزكاة عن العامل فيما نابه من الربح إن سقطت الزكاة عن رب
المال لدين أو عبودية أو كفر ونحو ذلك؛ والمنصوص أنه لا زكاة في
نصيبه وهو مبني على أنه أجير وهو أحد القولين المشهورين فيه كما
أفادهما صاحب خ بقوله: "وفي كونه شريكا أو أجيرا خلاف".

٢٥٣ كذي تعلق بعين إن سقط كعامل ومنفق عبد شرط

هذه قاعدة إذا تعلق الحق بعين أي معين هل يسقط ذلك الحق بسقوط ذلك
المعين وذهابه أم لا؟ وقوله كذي تعلق أي كحق ذي تعلق وقوله بعين أي
معين؛ ولذلك قال سقط دون سقطت أي كما ينتفي الفرع إن ذهب الأصل
على قول يسقط ما يتعلق بمعين إن سقط ذلك المعين.

كعامل القراض ينفق من ماله ليرجع من مال القراض ثم يتلف مال القراض
فلا شيء له على رب المال. وكمنفق على يتيم ليرجع في عروض عنده
فهلكت فإن ذمة الصبي لا تعمر، وفي المدونة من تسلف على مال يتيم
فقصر المال عما أسلفه لم يتبعه بالتالف اهـ من المواق عند قول خ في السلم
"وإن انقطع ماله أبان" اهـ وأشار بقوله عبد شرط بحذف واو العطف من
عبد إلى مسألة العبد يشترط على نفسه صدقة شيء من ماله فمنعه سيده ثم
عتق لزمه إن بقي ذلك المال وإلا فلا، وعلى القول الآخر فالرجوع في
المسائل الثلاث.

- ٢٥٤ مضمن الإقرار كالصریح أو لا كمودع وفي الصحيح
- ٢٥٥ تردد في الریع والدين وما أفضى إلى الحد خلاف علما
- ٢٥٦ كشاهد بالعتق والذي أقر به وحالفین والنفي اشتهر

هذه قاعدة مضمن الإقرار هل هو كصریحه أم لا؟
 كمن ادعت علیه وديعة وأنكرها ثم لما قامت علیه البينة على الإيداع انتقل إلى دعوى الضیاع أو الرد وقامت له على ذلك بينة؛ فهل نقول لا تقبل بينته؟ لأن إنكاره أو لا يتضمن الاعتراف بكذب نفسه وبينته؛ وذلك أن قوله أو لا لم يودعني شيئاً تضمن عدم الرد وعدم الضیاع لأن ذلك فرع الإيداع؛ فيكون هذا الذي تضمنه إقراره كصریح إقراره بذلك، أو تقبل بينته ولا يكون مضمن إقراره كصریحه؟ قولان.

وقوله وفي الصحيح تردد أي وقع التردد في الصحيح من القولین؛ فلا بن زرقون المشهور قبول بينته واختاره اللخمي وهو أحسن لأن من حجته أن يقول إنما أنكرت لغيبة بينتي أو للاحتياج إلى تركيتها ونحو ذلك، ولا بن يونس عن ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون وأصبع عدم قبولها لأنه أكذبها؛ ابن شأس: وهو المشهور، وإلى هذا التردد يشير في خ بقوله خلاف في قوله: " ويجدها ثم في قبول بينة الرد خلاف".

وأشار الناظم بقوله في الریع والدين ومن أفضى إلى الحد خلاف علما إلى ما في هذه الثلاثة من الخلاف، فمن أنكر ما يتعلق بالذمة أو أنكر الدعوى في الریع أو ما يفضي إلى الحد ثم رجع عن إنكاره لأمر ادعاه وأقام علیه بينة فهل تقبل منه أم لا؟ ثالثها تقبل منه في الحدود دون غيرها، ورابعها في الأصل دون الديون وغيرها من المنقولات، وفي مسألة ما يتعلق بالذمة يقول في خ: " وإن أنكر مطلوب المعاملة فالبينة ثم لا تقبل بينة بالقضاء" وقال في باب الوكالة: " أو أنكر القبض وقامت البينة فقامت البينة وشهدت بينة بالتلف كالمديان".

وبقوله كشاهد بالعتق إلى مسألة من شهد أن شريكه في العبد أعتق حصته والشريك موسر هل يكون نصيب الشاهد حر لأنه أقر أن ماله على الشريك المعتق إلا قيمته أو لا يكون حراً؟ قولان: أولهما لابن القاسم وثانيهما لأشهب، ابن يونس: وهذا أجود وعليه أكثر الرواة وقاله ابن القاسم، ولهذا قال في خ آخر باب العتق: " وإن شهد على شريكه بعتق نصيبه فنصيب الشاهد حر إن أيسر شريكه والاكثر على نفيه كعسره".

وبقوله والذي أقر به أي بالعتق إلى مسألة من أقر أو شهد أن أباه أعتق هذا العبد في صحته أو مرضه والتلث يحمله والورثة ينكرون فإن إقراره أو شهادته لا يمضي على الورثة ولا يقوم عليه كما نص عليه في المدونة واختصره صاحب خ بقوله فوق نصه المتقدم: "وإن شهد أحد الورثة أو أقر أن أباه أعتق عبدا لم يجز ولم يقوم عليه" اهـ وهل له استخدامه في يومه بناء على أن مضمّن إقراره بالحريّة ليس كصريحه أو لا يكون له استخدامه بناء على القول الآخر؟ قولان.

وبقوله وحالفين إلى مسألة الشريكين في العبد يحلف أحدهما بحريته إن كان دخل المسجد ويحلف الآخر لقد دخل ولم يثبت النفي ولا الإثبات بعد ذلك؛ فإن قلنا مضمّن الإقرار كصريحه عتق عليهما إن كانا موسرين لأن كل واحد منهما يقطع بحنث صاحبه وإنما له عليه قيمة حصته، وإن قلنا إن مضمّن الإقرار ليس كصريحه فلا عتق؛ قال الناظم والنفي اشتهر.

٢٥٧ هل ما أعير من حياة كالعدم أم لا بمنفوذ المقاتل علم

هذه قاعدة الحياة المستعارة هل هي كالعدم أم لا؟ علم هذا الخلاف في منفوذ المقاتل من المسلمين المقاتلين للكفار هل يصلّى عليه أم لا؟ وفي منفوذ المقاتل بسبب رجل ثم أجهز عليه آخر ففي من يقتص منه منهما؟ وفي ما أنفذ مقتله من مباحات الأكل هل تعمل فيه الزكاة أم لا؟

أما منفوذ المقاتل من المقاتلين الكفار فلا يصلّى عليه على المشهور لأنه شهيد، وأما من أنفذت مقاتله من رجل وأجهز عليه آخر فقد اختلف في قولي ابن القاسم في تعيين ذي القصاص من ذي العقوبة؛ فروى عنه أبو زيد يقتل المجهز ويعاقب المنفذ، وروى عنه سحنون وعيسى عكسه وصوبه ابن رشد اهـ

وأما ما أنفذ مقاتله من مباحات الأكل فقال ابن يونس: الصواب قول المدونة أن منفوذة المقاتل لا تعمل فيها الزكاة قائلًا لأنه ميت؛ ألا ترى أن الإنسان لو أصيب بذلك لورث وإن لم تزهق نفسه وإن مات له ابن حينئذ لم يرث منه لأن الابن قد ورثه؛ وذكر اللخمي هذا عن ابن القاسم إذا ذبح الأب وإن أنفذت مقاتله ولم يذبح ورث هو ابنه؛ ومثله حكى التونسي عن ابن القاسم اهـ وفي خ: "وأكل المذكي وإن أيس من حياته بتحريك قوي مطلقا أو سيل دم أن صحت إلا الموقوذة وما معها المنفوذة المقاتل" اهـ وقال في إيضاح المسالك: إذا قال الإمام من قتل قتيلا فله سلبه فأنفذ رجل مقتل عالج وأجهز عليه آخر فسلبه للأول دون الثاني قاله سحنون؛ ولا يخرج كونه للثاني من

أحد قولي ابن القاسم لصيرورته بالإفاد أسيرا ولا سلب في قتل أسير؛ بل يتخرج عليهما حرمانهما معا أه أي قوليه في تعيين ذي القصاص من ذي العقوبة أه

فائدة: قال في الشامل: الشهيد من مات في معركة الكفار فقط لا بين لصوص أو في فتنة بين المسلمين أو في دفعه عن حريمه وإن صبيا أو امرأة ولو ببلد الإسلام على المشهور؛ أو لم يقاتل أو هو نائم على الأصح؛ أو سقط عن فرسه أو تردى من شاهق أو رجع عليه سهمه فقتله أو في المعركة ميتا وليس فيه جراح؛ أو أنفذت مقاتله ولم يحي حياة بينة؛ أو رفع مغمورا لم يأكل ولم يشرب على المشهور أه وقال الحطاب: ولا يغسل شهيد معترك فقط ولو ببلاد الإسلام ولا يحنط ولا يصلى عليه؛ ولا فرق فيمن قتل في معترك؟؟؟ من سببهم أو من غير سببهم وسواء قتله المشركون بأيديهم أو حمل عليهم فتردى في بئر أو سقط من شاهق أو عن فرسه فاندق عنقه؛ أو رجع عليه سهمه أو سيفه فقتله فإنه في جميع ذلك شهيد قاله في الطراز.

٢٥٨	وهل شراء خدمة أو رقبه	كتابة عليه عتق أو جبه
٢٥٩	سيده في أمة له كذا	جبر وفطرة ظهار احتذى
٢٦٠	وحالف وغلة من اشترى	كتابة الزوج والاستبوا جرى

هذه قاعدة الكتابة هل هي شراء رقبة أو شراء خدمة؟ وينبغي عليها من أعتق أمة مكاتبه ثم عجز هل تعتق بذلك العتق أو تقتقر إلى عتق مستأنف؟ وأشار بقوله كذا جبر إلى مسألة جبر السيد مكاتبه على النكاح وفيه خلاف، وفي خ عدم جبره إذ قال: "والمختار ولا أنثى بشائبة ومكاتب".

وبقوله وفطرة إلى الخلاف الذي في فطرة المكاتب هل هي على السيد أو على العبد؟ على القول بوجوبها على أحدهما؛ في ذلك قولان مرويان عن مالك والمشهور وجوبها على السيد؛ واعتمده في خ إذ قال: "أو رق ولو مكاتب"، وأما على القول بأنها ساقطة عنهما كما رواه ابن الجلاب عن مالك فلا كلام.

وبقوله ظهار احتذى أي اتبع هذه المسائل إلى من ظاهر من مكاتبته ثم عجزت؛ فإن قلنا إنها شراء رقبة فقد رجعت على ملك مستأنف فلا يلزمه الظهار، وإن قلنا إنها شراء خدمة لزمه، وهما قولان والقول بأنه لا يصح

الظهار منها لسحنون وعزي لابن القاسم ورأى في القول الآخر اللزوم لأنها قبل الكتابة مباحة له؛ وإنما منع من وطئها قبل العجز لأجل الشك فيستصحب حال الملك إذا انكشف أمرها بالعجز، ومنشأ الخلاف هل رجوع المكاتبه إلى سيدها بالعجز كابتداء ملك أم لا؟ وصرح بمشهورية أنه لا يصح الظهار في ضيحه؛ وجعله في خ هو الأصح إذ قال: "لا مكاتبه ولو عجزت على الأصح".

وبقوله وحالف إلى مسألة من حلف بحرية عبد ليضربنه ثم لم يضربه حتى كاتبه هل يبرأ أم لا؟ قولان: أولهما لابن القاسم وثانيهما لأشهب. وبقوله وغلة إلى كتابة المكاتب إذا كان للتجارة هل هي فائدة فلا زكاة حتى يتم حول أو فيها الزكاة؟ خلاف، وعلى الأول وهو المشهور مشى في خ إذ قال - عاطفا على قوله واستقبل بفائدة -: "وبالمتجرد عن سلع التجارة فلا بيع كغلة عبد وكتابته".

وبقوله من اشترى كتابة الزوج إلى مسألة اشترى أحد الزوجين كتابة الآخر فهل يفسخ النكاح قبل العجز بناء على أنه ملك رقبته أم لا بناء على أنه ملك خدمته؟ أما لو عجز فإنه يفسخ اتفاقا، ومن في من اشترى واقعة على أحد الزوجين وكذا الزوج صادق على كل منهما.

وقوله والاستبراء جرى أي جرى فيه هذا الأصل أي استبراء المكاتبه إذا عجزت وكانت تتصرف؛ فإن قلنا إنها شراء رقبة استبرئت؛ وإن قلنا اشترى خدمة فلا وهما قولان لابن القاسم وأشهب، ففي جب: ومكاتبه تتصرف ثم عجزت ويسمى استبرأؤها استبراء الظن؛ قال ابن القاسم: يجب استبرأؤها؛ وقال أشهب: لا يجب؛ وظاهر قول المازري: أثبت فيها ابن القاسم الاستبراء ونفاه أشهب؛ وقال في ضيحه: والذي فيها ومن كاتب أمة ثم عجزت أحببت له الاستبراء إلا التي في يده لا تخرج فلا استبراء عليها، وحمل أبو الحسن وابن عبد السلام المدونة على ظاهرها اهـ وعلة ابن القاسم حاصلة في المكاتبه كغيرها؛ ولذا قال في خ في الاستبراء من سوء الظن: "أو لكغائب أو محبوب أو مكاتبه عجزت" اهـ.

ومما ينبني على القاعدة من عجز عن الكتابة وكان قبلها مأذونا له هل يبقى على ما كان عليه من الإذن أو يعود محجورا عليه منتزع المال أم لا؟ ومنها إذا وصى الرجل بعنق عبده أو وصى به لرجل ثم كاتبه ثم عجز في حياة السيد؛ هل تعود الوصية فيه أم لا؟ قولان على القاعدة.

ومنها من كاتب عبدا صار إليه في المقاسم أو ابتاعه من دار الحرب وعلم أنه لمسلم وقلنا أن ربه له أن يأخذه؛ فهل يحاسب بما أخذ من الكتابة أم لا؟ فإن قلنا إن الكتابة شراء رقبة كان للمستحق أن يحاسب المشتري بقدر ما

أخذ من الكتابة؛ وإن قلنا إنها شراء خدمة لم يحاسب بما أخذ ولم يكن للمستحق أن يأخذه إلا بعد دفع الثمن.
ومنها كتابة الكافر للمسلم هل تبطل؟ وقيل تمضي وتباع عليه وهو مذهب المدونة؛ وعليه اقتصر في خ إذ قال: "ومضت كتابة كافر لمسلم وبيعت".
وليس من فروعها من قال إن كلمت فلانا فعبدني حر فكاتبه ثم كلمه؛ فلم يختلفوا في أنه يعتق عليه قاله صاحب إيضاح المسالك؛ والجاري على أن الكتابة شراء رقبة أن لا عتق كما لو باعه ثم كلم فلانا، قال: وانظر إذا مثل بعبد مكاتبه ثم عجز بعد أن أدى السيد إرش الجناية للمكاتب، وانظر أيضا إذا وطئ أمة مكاتبه قبل العجز هل يحد أم لا؟

٢٦١ للعنق والبيع انتسابها علم عليه كالمدين والذي سقم

هذه قاعدة هل الكتابة من ناحية العنق أو من ناحية البيع؟ فإن قلنا إنها من ناحية العنق تمنع كتابة المدين لعبده، وإن قلنا إنها من ناحية البيع تجوز، وفي خ: " وفي كتابته قولان " وقال اللخمي: وأرى أن ينظر في قيمته مكاتبها فإن كانت قيمته رقيقا مضت مطلقا إلا أن يتعذر بيع المكاتب؛ وكذلك إذا كانت قيمته مكاتبها أبخس إلا أنه يوفي بالدين؛ وإن كانت لا توفي بالدين ردت إن كان بعد الحجر أو قبل وكان أبخس لتخفيف في الكتابة لما يرجى من الولاة؛ إلا أن كانت قبله في حسن النظر لكثرة التحريم؛ كمن باع سلعة بثمن إلى أجل وكان بيع ذلك الدين لا يوفي الثمن لو بيعت على النقد فإنه لا يرد اه قال في ضيغ: وهذا إنما يأتي إذا أجرينا الكتابة مجرى الدين اه.
وأشار بقوله والذي سقم أي هل تجوز كتابته لعبده؟ بناء على أنها من ناحية البيع إن لم يكن فيها محاباة وإلا ففي ثلثه؛ أو لا تجوز؟ بناء على أنها من ناحية العنق؛ فإن كانت قيمة المكاتب أكثر من الثلث خير الورثة بين أن يمضوا الكتابة أو يعتقوا منه ما حمله الثلث؛ في ذلك قولان لابن القاسم، وعلى الأول مشى في خ إذ قال - عاطفا على ما يجوز - : "ومكاتبته - يعني المريض - بلا محاباة وإلا ففي ثلثه"، ومثل المريض العبد المأذون له في التجارة والوصي وكتابة الذمي لعبده هل تلزمه بناء على أنها بيع أو لا تلزمه بناء على أنها عتق؟ وفي خ إذ قال - عاطفا على ما يجوز - : "ومكاتبته ولي ما لمحجوره بالمصلحة" اللخمي: الكتابة على الخراج أو ما قاربه من ناحية العنق والعتق بابه باب الهبات؛ وما لم يخرج عن عوض فله الرجوع عنه؛ وإن كانت أكثر من الخراج بالشيء الكثير كانت من ناحية البياعات فيحكم بين النصراني وعبده إن امتنع السيد من الوفاء كما يحكم في البيع.

٢٦٢ وهل لمن أسقط حقا لم يجب رجوع إن كان جرى له السبب

٢٦٣ كوارث وذات شرط أو أمه كشفة وشبهها أم لزمه

هذه قاعدة إسقاط الشيء قبل وجوبه وبعد جريان سببه هل يلزم أم لا؟ قوله أم لزمه هو عدل قوله رجوع؛ وهذه قريب منها قوله فيما تقدم: هل سبق حكم شرطه مغتفر.

أشار بقوله كوارث في مرض الموصي وصيته للوارث أو الأجنبي بأكثر من الثلث فهل تلزم أم لا؟ قولان أشهرهما الأول وبه قال في المدونة والموطأ، وثانيهما لعبد الملك، والأول مقيد بنفي عذر الوارث، ولذلك قال في خ: "ولزم إجازة الوارث بمرض لم يصح بعده إلا لتبين عذر كونه في نفقته أو دينه أو سلطانه".

وأشار بقوله أو ذات شرط أو أمة كشفة إلى المرأة ذات الشرط المعلق برضاها تقول إن فعله زوجي فقد فارقت، وإلى الأمة تكون تحت العبد تقول إن أعتقت تحت زوجي العبد فقد فارقت، وإلى الشريك يسقط شفيعته قبل الشراء؛ هل يكون ذلك للزوجة والأمة ويلزم الشريك الإسقاط أم لا؟ فمذهب مالك خلافا للمغيرة أن ذات الشرط في النكاح عليها مثلا أو التسري تقول أشهدوا متى فعل زوجي فقد اخترت نفسي أن ذلك لها ويلزم؛ وأما الأمة تحت عبد أشهدت أنها متى أعتقت تحته فقد اختارت نفسها فمذهب مالك فيها أن ذلك ليس بشيء فلا ينفعها ذلك ولا يلزم؛ وهاتان المسألتان اللتان سأل عبد الملك مالكا عن الفرق بينهما فقال أتعرف دار قدامة؟ وقال المغيرة: هما سواء ولا شيء لهما، قال ابن يونس: الفرق بينهما أن الأمة إنما يجب لها أن تختار إذا عتقت والعتق لم يحصل فقد أوجبت شيئا قبل وجوبه لها فلم يلزم كتارك الشفعة قبل أن يستوجبها، وذات الشرط قد أوجب لها زوجها الشرط إن فعل وملكها منه ما كان يملك؛ فلها أن تقضي به عليه قبل أن يفعل كما كان له أن يلزم نفسه قبل أن يفعل اهـ.

وفرق ابن الحباب بين لزوم الطلاق والعتق في قوله إن تزوجت فلانة فهي طالق وإن اشتريت عبد فلان فهو حر وبين عدم لزوم إسقاط الشفعة في قوله إن اشترى فلان شقص كذا وإلا لم يلزم من حكمه بها ثبوته؛ ولما كان الشرط وهو القدم الذي هو التزويج وشراء العبد في مسألتي الطلاق والعتق من فعل الحاكم بالقضية المذكورة؛ لأنه تزويجه وشراؤه كان ذلك كنصه على استثناء المقدم فلزم ثبوت لازمه ضرورة وهو الطلاق والعتق، ولما كان المقدم وهو شراء الشقص المشفوع فيه في مسألة الشفعة ليس من فعل

الملتزم المذكور لم يكن مستثنى مقدمها فلم يلزم حكم ثبوت تاليها ضرورة
عدم استثناء مقدمها اهـ

وفي مسألتى الأمة وذات الشرط يقول في خ في فصل الرجعة: "ولا إن
قال من يغيب إن دخلت فقد ارتجعتها كاختيار الأمة نفسها أو زوجها بتقدير
عقها بخلاف ذات الشرط تقول إن فعله زوجي فقد فارقته" وفي مسألة
الشفعة يقول: "وطولب بالأخذ بعد شرائه لا قبله ولا يلزمه إسقاط".

وأشار الناظم بقوله وشبهها إلى من أذنت لمن حلف لا يتزوج عليها إلا
بإذنها ثم أرادت الرجوع قبل أن يتزوج، ومنها المفوضة تسقط المهر قبل
الفرض والدخول وقد تقدم ما في هذا الأخير في قاعدة سبق الحكم شرطه.

٢٦٤ هل بيت مال وارث أم يجمع عليه إيحاء بمال أجمع

هذه آخر قواعد هذا الرجز من القواعد التي تشير إلى الخلاف وهي الثامنة
والعشرون بعد المائة وهي بيت المال هل هو وارث أم يجمع للأموال
الضائعة؟

ينبني عليها إيحاء من لا وارث له بجميع ماله؛ يريد أو ما زاد على الثلث
فقط وإقراره بوارث مجهول، اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال: الأول أن
ذلك ماض من فعله وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أهل المذهب، والثاني أنه
لا يمضى منه سوى الثلث وهو المشهور، الثالث لابن القاسم إن كان الإمام
كعمر بن عبد العزيز فليدفع إليه اهـ

قال المقرئ: صحة الالتزام لا تتوقف على ثبوت المطابقة بل يكفي
دعواها، ثم قال: كون بيت المال كالوارث المعين وهو قول محمد أو لا وهو
قول النعمان وللمالكية قولان؛ قال محمد: جهة الإسلام مبهمة في الإرث
كجهة القرابة، وقال النعمان: مصرف ما لا مستحق له بالميراث بمثابة مال
ضائع؛ فإذا أبان المالك له مصرفا بوصية لم يكن ضائعا وليست إسقاطا
للحق بل قطعاً للسبب اهـ

فصل:

في القسم الثاني من القواعد وهو ما قصد به ذكر النظائر والفروع التي تدخل تحت أصل واحد من غير إشارة إلى خلاف.

- ٢٦٥ إعطاء ما وجد حكم ما عدم أو عكسه أصل لذاك ما علم
٢٦٦ من غرر نزر وما قد عسرا من حدث وشبهه وذكرها
٢٦٧ لذا المقدر من الملك كما بديعة حول وعتق علما

إعطاء الموجود حكم المعدوم أو المعدوم حكم الموجود أصلا من أصول المالكية.

لأول المشار إليه بذاك الذي للعبد ما علم من إلغاء غرر يسير في البيع لتعذر الاحتراز عنه والجهل اليسير فيه أيضا؛ نحو انتقاض الدار وقطن الجبة ورداءة باطن الفواكه وإلغاء ما قد عسر من حدث وشبهه وهو النجاسة بمعنى العفو عن ذلك.

وقوله وذكرها لذا أي ذكر لذا الأصل الثاني القريب وهو إعطاء المعدوم حكم الموجود المقدر من الملك؛ فالمقدر نائب فاعل ذكر كما بديعة أي كما في الدية وفي معناها الغرة؛ أي تقرير ملك الدية في قتل الميت خطأ حتى تورث عن الميت فإنها إنما تجب بالزهق؛ والمحل حينئذ لا يقبل الملك ولم يملكها في الحياة لأنه مالك لنفسه فلا يجمع بين العوض والمعوض؛ فيقدر الشرع ملكه لها قبل موته بالزمن الفرد ليصح التوريث فيتعين التقدير. وقوله وعتق علما أي علم تقدير دوران الحول على الربح والنسل وتقدير ملك المعتق عن الغير قبل العتق بالزمن الفرد ليكون الولاء له.

قال المقري قاعدة: إذا ثبت حكم عند ظهور سببه أو شرطه فإن أمكن تقديرهما تعين وإلا عد مستثنى؛ كميراث الدية يقدر له ملك الميت لها قبل الموت، وكتبوت الولاء للمعتق عنه عند مالك فوجب تقدير ملكه له قبل العتق؛ وكتقدير دوران الحول على السخال والربح، ومن التقديرات تقدير الغزالي أي الشافعي موافق صفة الماء مخالفا، وقال القرافي: التقديرات لا تنافي المحققات بل يجتمعان ويثبت مع كل واحد منهما لوازمه كمسألة العتق عن الغير وميراث الدية ونحوهما، ومن التقديرات تقدير رفع الواقع كقولنا الرد بالعيب نقض للمبيع من أصله ونحو ذلك وإلا فمحال في نفسه؛ ثم قال: والتقدير على خلاف الأصل ومن ثم كان القياس رواية الاستقبال بالربح، ابن القاسم: الربح مقدر الوجود يوم الشراء؛ فمن حال له حول على

عشرة فاشترى بخمسة منها سلعة ثم أنفق خمسة ثم باع سلعة بخمسة عشر زكى، وقال أشهب: يوم حصول الربح؛ وقال المغيرة يوم ملك الأصل فيزكي وإن تقدم الإنفاق اهـ.

وفي مسألة النجاسة والحدث يقول في خ: "وعفي عما يعسر كحدث مستنكح الخ" وفي مسألة الغرر اليسير يقول فيه في البيوع الفاسدة: "واغترر غرر يسير للحاجة لم يقصد" وفي مسألة الحول يقول: "وضم الربح لأصله" ثم عطف عليه قوله: "ولمنفق بعد حوله مع أصله وقت الشراء" وفي مسألة العتق يقول: "الولاء لمعتق وإن بيع من نفسه أو عتق غير عنه بلا إذن" ولا خلاف فيه مع الإذن وهو المشهور بدونه.

القرافي: ومن تقدير الموجود حكم المعدوم الوارث الكافر والعبد يقدر عدمه فلا يحجب، ومن تقدير المعدوم موجودا تقدير النية في أجزاء الفعل ممتدة إلى آخرها وكتقدير الإيمان في حق النائم والغافل حتى يعصم دماءهم وأموالهم؛ وكتقدير الكفر في الكافر الغافل حتى تصح إباحة دمه وماله؛ وكتقدير إيمان الصبيان وعدالة العدول حالة الغفلة؛ وكذلك الفسوق في الفساق والإخلاص في المخلصين والرياء في المرائين إذا تلبسوا بذلك ثم غفلوا عنه؛ فمن مات على شيء من هذه التقديرات بغتة فهو عند الله كذلك فلا تخرجه الغفلة عن حكمه؛ وكذلك العلم في العلماء والفقهاء في الفقهاء والعداوة في الأعداء والصدقة في الأصدقاء والحسد في الحاسد حالة الغفلة عن جميع ذلك.

فائدة: قوله تعالى وَمَنْ شَرَّ حَاسِدٍ إِذَا حَسَدَ إِشَارَةٌ إِلَى الْحَسَدِ الْفَعْلِيِّ فَإِنَّ الْحَسَدَ الْحَكْمِيَّ الَّذِي هُوَ مُقَدَّرٌ لَا يَضُرُّ الْمُحْسُودَ إِنَّمَا يَضُرُّهُ الْحَسَدُ الْفَعْلِيُّ فَلِذَلِكَ قِيدَ بِقَوْلِهِ إِذَا حَسَدَ.

ومن تقدير إعطاء المعدوم حكم الموجود أن المدلس بالسرقه في العبد إذا قطع العبد في السرقه عند المشتري يقدر القطع عند البائع ويكون له الرد بغير شيء، أو دلس في الردة فقتل عند المشتري بالردة يقدر القتل في يد البائع. ومن ذلك الذم إنما هي تقديرات شرعية في الإنسان تقبل الإلزام والالتزام، والحقوق في الذم مقدرات فيقدر الذهب والفضة والطعام في السلم وغيره؛ والعروض في الذم وهي أجسام لا يتصور كونها في الذم حقيقة.

ومن تقدير الموجود معدوما الماء مع المسافر يحتاجه لعطشه أو عطش غيره فإنه كالمعدوم ويتيمم، وكمن عليه نصاب حال عليه الحول وهو يحتاجه لقضاء دينه يقدر معدوما ولا زكاة عليه، وكذلك وجود الرقبة عند المكفر مع حاجته الضرورية إليها، وكمن عنده نصاب يحتاجه لضرورته

وهو لا يكفيه قدره كالمعدوم ونعطيه الزكاة كالفقير الذي لا شيء له، وكذلك صاحب السلس والجراحت السائلة نقدر ما وجد منها معدوما وما في حقه وتصح صلاته كالذي عدم ذلك.

ويقع في التقدير إعطاء المتقدم حكم المتأخر والمتأخر حكم المتقدم؛ كمن رمى سهما أو حجرا ثم مات فأصاب بعد موته شيئا فأفسده فإنه يلزمه ضمانه ويقدر الفساد وقع متقدما في حياته، وكذلك لو حفر بئرا تعديا فوق وقع فيها شيء فهلك بعد موته.

وأما إعطاء المتقدم حكم المتأخر فكتقديم النية في الصوم أو الطهارة على الخلاف في الطهارة وتقدر متأخره مقارنة ويكون المقدم لنيته بمنزلة المؤخر لها لأنه الأصل، وكذلك مقدم الزكاة في الفطر والمال يقدر الإخراج وقع بعد الحول أو رؤية الهلال ليترتب الحكم على سببه الذي هو الهلال والمشروط على شرطه الذي هو الحول.

واعلم أنه لا يخرج البيع على التقدير إلا في بيع المعاطاة من الجانبين ولا بد في الإجارة من التقدير إن قوبلت منفعة بمنفعة فكلهما مقدر أو بعين كانت المنافع مقدرة، وكذلك السلم لا بد فيه من التقدير في الجهتين أو في المسلم فيه إن كان الثمن عينا، والوكالة في منافع الوكيل مقدرة، وكذلك القراض والمساقاة منافع العامل عليها مقدرة في جهته، وكذلك القرض المقترض مقدر في ذمة المقترض، وكذلك المزارعة والجعالة والوقف تمليك المعدوم فهو تقديري، والرهن يقع في الديون المعدومة وقد يكون دينا في نفسه، وتقع الوصية بالدين بالموجود والمعدوم المقدر وجوده، والعواري تتناول المنافع المعدومة المقدرة في الأعيان، وحفظ الوديعة معدوم حالة الإيداع فهو تبرع بمعدوم مقدر حتى يصح ورود الشرع، وعقد النكاح إنما يتناول معدوما مقدر في الزوجة والزوج من الوطاء والعشرة والصداق والنفقة والكسوة ولا يخرج عن التقدير إلا الصداق المعين، والكفالة التزام معدوم، والحوالة بيع معدوم بمعدوم، والصلح بيع أو إجارة فيدخله التقدير، والإبراء إنما يتناول المقدر في الذمم.

بل الأوامر والنواهي والأدعية والشروط ومشروطاتها في التعليقات والوعود والوعيد وأنواع الترجي والتمني والإباحات كلها لا تتعلق إلا بمعدوم اهـ

قال ابن الشاطب: قال القرافي المقدرات لا تنافي المحققات بل يثبتان ويجتمعان ويشهد لذلك أن الأمة إذا اشتراها شراء صحيحا أبيح وطؤها بالإجماع إلى حين الإطلاع على العيب والرد به؛ فقد اجتمع الملك المقدر وعدمه المحقق ولم ينتفيا، وكذلك صوم التطوع يصح عند بعضهم بنية من

الزوال اه وقال: فإننا نقول لا تقدير في شيء مما ذكر؛ فالرد بالعيب رفع الحكم المتصل من إباحة الوطء وغيره وقطعه وما قبل ذلك كان فيه إباحة الوطء محققا ولا وجود لتقدير شيء يخالفه اه قال القرافي: ربما قالوا هذا رفع الواقع وليس ذلك من رفع الواقع وإنما هو تقدير ارتفاع الواقع؛ فوجود عيب في السلعة موجب؛ وهل رفع للعقد من أصله أو من حينه؟ قولان؛ فمن حينه لا إشكال فيه، ومن أصله لا شك في حصول عقد البيع؛ فإذا قلنا الرد بالعيب رفع للعقد من حين أصل الشراء فمعناه يقدر الشرع ذلك بعد ظهور العيب كالعدم؛ فالأمة إن كانت هي المعيبة وهي قد كانت تحمل إذا كان القيام بالعيب بعد الوضع؛ فإن قلنا من حين العيب فالولد للمشتري وإن قلنا من أصل الشراء فالولد للبائع ولا شيء للمشتري اه

ثم قال: ومن ذلك رفض النية في العبادات فيها قولان؛ والمشهور في الصلاة والصوم صحة الرفض وفي الحج والوضوء عدم الرفض اه ومن هذا المعنى عدم إسلام الكافر لمعاصيه والهجرة والتوبة والحج ونحوها من الأعمال الصالحة للمعاصي وإبطال الردة للأعمال.

مسألة: من قال لامرأته إن قدم زيد آخر الشهر فأنت طالق أوله فهي مباحة بالإجماع إلى قدوم زيد؛ فإذا قدم زيد آخر الشهر فهل تطلق من الآن أو من أول الشهر؟ وهو الذي يراه ابن يونس من أصحابنا؛ فرفع الإباحة الكائنة في وسط الشهر وقد كانت واقعة يؤدي إلى رفع الواقع وهو محال، قال شهاب الدين: هو من التقدير الشرعي بمعنى أن تقدير ملك الإباحة في حكم عدم لا إننا نعتقد أنها ارتفعت في الزمن الماضي، قيل: وكيف يقدر ذلك والوجود على خلافه والحكم الشرعي على ذلك الحيث فإننا إن وطأها كان مباحا شرعا فكيف يكون حراما شرعا بالتقدير؟ اه

٢٦٨	وبنقيض القصد عامل إن فسد	في قاتل أو موص أو من قد قصد
٢٦٩	فسادا أو إفاته في البيع	نهج عياض ذا بذأ لا الربعي
٢٧٠	وهارب ومنع من تصدقا	وردة ومن نصابا سرقا
٢٧١	ومن زنت أو اشترت بعلا كما	لأشهب إن حنثت قد علما
٢٧٢	وشبه ما ذكر والذ قدما	شيئا قبيل وقته قد حرما
٢٧٣	كمن تزوج بعدة ومن	خلق في رأي وشبهه اعلمن
٢٧٤	أن التصدق بكل المال	لنفي حج لم يكن بتالي
٢٧٥	وما كحيض سفر ومن صنع	بالنقد حليا والذي قد امتنع
٢٧٦	من قبض دين والذي باع النعم	في من تبرعت خلاف قد علم

اشتمل كلامه على أصليين: الأول: المعاملة بنقيض المقصود الفاسد. الثاني: من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه، والأصل الثاني بعض الأول. وأشار بقوله في قاتل إلى مسألة القاتل عمدا عدوانا فإنه يحرم من الميراث البتة معاملة له بنقيض المقصود الفاسد؛ قال في خ في تعداد من لا يرث: "ولا قاتل عمد عدوانا وإن بشبهة".

وبقوله موص إلى مسألة الموصي يوصي لوارثه أو بأكثر من ثلثه لقصد الضرر بالوارث؛ وفي المسألة قولان إذا أجازته؛ فإذا قال وإن لم يجيزوا وصيتي فهي للمساكين؛ وري عن ابن القاسم أنها تبطل لأن ذلك من الضرر الذي ظهر من الموصي قصده لقوله تعالى: غير مضار، وفي خ في مبطلات الوصية: "ولو ارث كغيره في زائد الثلث يوم التنفيذ وإن أجزوا فعطية ولو قال إن لم يجيزوا فللمساكين" ابن غازي: قوله إن لم يجيزوا إغياؤه لقوله ولو ارث أه القلشاني: يرد ما زاد إلا أن يجيزه الورثة ظاهره أنهم لا يردون إلا الزائد على الثلث وأن الثلث يمضى للموصى له ولو ظهر للموصي قصد الضرر وهو أحد قولين؛ وقيل يرد كله.

وأشار بقوله أو من قصد إفسادا أو إفاته في البيع إلى من قصد بفعله إفساد البيع الصحيح؛ كمن اشترى قصيلا فاستقاله فأبى البائع من إقالته فيه وتركه حتى تحبب فإن البيع لا يفسخ بذلك على مرتضى ابن يونس، وقال القلشاني: إن طلب إقالة البائع فامتنع فقال أنا أخره ليتحبب فيفسخ فيؤخره

بالخصومة فتحبيب؛ فروى ابن القاسم يفسخ ولم يعامل المشتري بنقيض قصده اهـ وهذا مقابل مرتضى ابن يونس، وتحبب القصيل نبات حبه والقصيل ما يقصل أي يجذ وتبقى خلفه بكسر الخاء أي ما يخلف بعد جزه؛ ونص المدونة وغيرها على أنه يجوز اشتراء القصيل كقضب ()¹ ولا تدرج فيه الخلفة فليس للمشتري إلا الجذوة الأولى التي وقع عليها العقد إلا أن يشترطها المشتري فيجوز بأربعة شروط: أن تكون مأمونة؛ وأن تشترط عملها؛ وأن لا تشترط ترك الأصل إلى أن يتحبيب فإنه حينئذ لا خلفه له ولأنه بيع الحب قبل وجوده؛ كذا لا بد أن لا يشترط ترك الخلفة إلى أن يتحبيب؛ وأن يبلغ الأصل حد الانتفاع؛ وإلى من قصد بالبيع الصحيح إفاته البيع الفاسد فإنه لا يفوت معاملة له بنقيض قصده عن طريق القاضي لا عن طريق الشيخ أبي الحسن اللخمي؛ وهو المعني بالربع في قوله نهج عياض ذا أي ذا الحكم أي عدم الإفاته بذا أي ذا الفرع أي نهج عياض هذا الحكم في هذا الفرع؛ خلافا للخمي فإنه قال: البيع الصحيح يفيت البيع الفاسد وإن قصد بذلك التقويت اهـ وعلى طريق عياض ذهب في خ إذ قال: "لا إن قصد بالبيع الإفاته".

وبقوله وهارب إلى من هرب برأس المال فيتأخر؛ وإلى من أقال في السلم فهرب قبل قبض رأس المال قاصدا فسخ الإقالة اهـ المتيطي: فإن عقد السلم على الصحة ثم امتنع المسلم من الدفع أو المسلم إليه من القبض حتى حل الأجل فذكر ابن حبيب أن من تأخر منهما فالآخر عليه بالخيار في فسخ البيع فيما وقع فيه التأخير أو إمضاءها.

وبقوله ومنع من تصدقا إلى مسألة من تصدق على رجل مثلا بصدقة فقام يطلبها فمنعه المتصدق في قبضها مخاصما فيها فلم يقبضها حتى مات المتصدق أو فلس فإنه يقضيها لربها بعد الفلس أو الموت إذا أثبتتها بالبينة المرضية نص عليه في المدونة، وفيه يقول في خ - عاطفا على ما يصح - : "أو جد فيه - أي الجور - أو في تزكية شاهده".

وبقوله وردة إلى مسألة المرتدة تريد بذلك فسخ النكاح فإنه لا يفسخ معاملة لها بنقيض قصدها رواه علي بن زياد عن مالك؛ وبه أفتى الحوفي في التي تريد مغتزية فسخ النكاح بردتها؛ وبه قال يحيى بن يحيى في نقل ابن كوثر عنه وقال تضرب ضربا وجيعا ثم ردت إليه أحببت أم كرهت؛ وإنما تفارقه وتملك نفسها إذا ارتدت كراهية في الإسلام وحرصا على الكفر فلما استتبيت رجعت إلى الإسلام؛ فحينئذ يكون زوجها خاطبا من الخطاب وتفعل في نفسها ما شاءت وتأخذ صداقها كله عند محله إذا كان ذلك بعد

الدخول، وخالف يحيى بن عمر وقال: الردة تزيل العصمة كيف كانت؛ وتوقف فيها ابن زرب اه وفي الشامل ولو قصدت بردتها فسخ نكاحها لم يفسخ اه وإلى من ارتد قاصدا لإزالة الإحصان ثم أسلم فزنى فإنه يرجم معاملة له بنقيض مقصوده كما قال ابن عرفة، وإلى من ارتد في مرضه قاصدا الفرار بماله من الورثة لبغض معروف فإنه يورث معاملة له بنقيض قصده اه

وبقوله ومن نصابا سرقا إلى من سرق نصابا في كرات تحيلا منه على عدم القطع فإنه يقطع عند سحنون؛ كما يقطع إذا سرق النصاب في فور واحد، ومثله رواية أشهب عن مالك في السارق يأتي البيت فيه القمح فيسرق منه وينقله بقفة قليلا قليلا ما لا يقطع فيه في مرة واحدة قال: أرى عليه القطع اه وقال ابن القاسم: لا يقطع وعليه مشى في خ إذ قال - عاطفا على ما لا قطع فيه - "ولا إن تكمل بمرار في ليلة".

وأشار بقوله ومن زنت إلى مسألة البكر تزني ليرتفع عنها الإيجاب على النكاح فإنها تعامل بنقيض مقصودها وهو أحد التعليلين للجبر على القول به، جب: وفي الثيب بحرام قولان؛ ضيح: عبد الوهاب: لأن ذلك لا يزيدا إلا حياء ولأنها لما قصدت بالزنى زوال الإيجاب عوقبت بنقيض قصدها، ورد ابن محرز باتفاق المذهب على ارتفاع الجبر في حق من زوجت نفسها قاصدة ارتفاع الجبر عنها اه ومشى في خ على تعليل القاضي عبد الوهاب إذ قال - عاطفا على من تجبر - "أو بحرام وهل إن لم تكرر الزنى تأويلان".

وبقوله أو اشترت بعلا إلى مسألة المرأة تشتري زوجها العبد قاصدة بذلك حل النكاح فإنه لا يفسخ معاملة لها بنقيض المقصود، قال في المدونة: وإن اشترته قبل البناء فلا مهر لها؛ سحنون: إلا أن يرى أنها وسيدها اغتريا فسخ نكاحها فلا يجوز ذلك وتبقى زوجته؛ إذ الطلاق بيد العبد فلا تخرج عصمته بالضرر وقول سحنون تفسير اه وفي خ - عاطفا على ما لا يفسخ فيه - "أو قصد بالبيع الفسخ" إلا أن كلام سحنون وما في نسخة جب و خ بالتثنية مفروض فيما إذا قصد السيد والأمة ذلك، وكذلك لو قصدته وحدها بل ولو قصده السيد وحده على ما لابن عرفة؛ واستظهره الحطاب وقال إن الصواب أن يقرأ ما في خ بدون ألف بالبناء للمفعول القاصد اه فقول الناظم واشترت زوجا شامل لقصدها الفسخ بذلك وحدها أو مع السيد ويلحق بذلك ما إذا قصده السيد وحده.

وأشار بقوله كما لأشهب إن حنثت إلى مسألة المرأة تقصد إحنث زوجها إذا حلف بطلاقها، قال البرزلي: لو حلف لزوجته على عدم الخروج

فخرجت قاصدة لحنثه فالمشهور أنه يحنث؛ وحكى ابن رشد عن أشهب أنه لا يحنث معاملة لها بنقيض قصدها؛ ومال إليه بعض أصحابنا لكثرتة في النسوان في هذا الوقت اهـ

وأشار الناظم بقوله وشبه ما ذكر إلى من أبدل ماشيته فرارا من الزكاة فإنه يؤخذ بزكاتها على المشهور، وفي خ: "ومن هرب بإبدال ماشيته أخذ بزكاتها ولو قبل الحول على الأرجح" ومقابل المشهور قول ابن شعبان: تؤخذ زكاة الثمن، ومقابل الأرجح قول ابن الكاتب: إنما يعدها ربا إذا باع بعد الحول لا قبله اهـ

وكم ارتحل من البلدة التي وجبت فيها الدية على الجاني قبل فرضها فرارا منه، فإنه يلحقه حكمها حيث كان عند ابن القاسم وغيره. وكمسألة قوم اشتروا قلادة ذهب على النقد وفيها لؤلؤ فلم ينقدوا حتى فصلت وتقاسموا اللؤلؤ وباعوا الذهب؛ ولما وضعوا أرادوا نقض البيع لتأخر النقد؛ فإنه لا ينقض عند مالك وابن القاسم لأن البائع مغلوب كما ذكر فاتهم المشتري على قصد البطلان فعوقب بنقيض قصده، وقال ابن عبد السلام: النفس أميل إلى عدم الفساد، وذكر اللخمي الخلاف في الغلبة سواء غلبا معا أو غلب أحدهما، وجعله ابن شأس خلافا مركبا هل يصح إذا غلبا معا أم لا؟ وعلى البطلان فيما إذا غلبا معا أو غلب أحدهما قولان؛ والصحيح في الصورتين ما استظهره الباجي واختاره القاضي أبو بكر من الفساد اهـ وفي خ فيما يفسد الصرف: "أو غلبة" اهـ

وكتوريث المبتوتة في المرض المخوف؛ فإن المريض إذا طلق زوجته أو أقر بطلاقها في المرض لا ينقطع بذلك ميراثها منه؛ بل ترثه إن مات من مرضه ذلك لأنه لما اتهم على حرمانها من الميراث عوقب بنقيض قصده؛ قضى بذلك عثمان لامرأة عبد الرحمن بن عوف اهـ وفي خ: "ونفذ خلع المريض وورثته دونه". وكإجبار المطلق في الحيض أو النفاس ابتداء وحنثا على الرجعة ما بقي من العدة شيء، وفي خ: "ومنع فيه ووقع وأجبر على الرجعة ولو لمعاودة الدم لآخر العدة" وقال أشهب: ما لم تطهر من الثانية.

وكبيع الولد ريعه أو هبته فرارا من نفقة والديه، أو بيع الوالد ريعه أو هبته لبعض أولاده لقصد إغاضة باقيهم، قال البرزلي: الرماح: وإذا قضى القاضي على الابن بنفقة أبويه ثم باع الولد بعد ذلك ريعه أو تصدق به ليلا يجب عليه الإنفاق فإنه يرد، البرزلي: وهو ظاهر المدونة وكثيرا ما يقع في زماننا عكسها؛ وهو أن يعمد الأب إلى ريعه فيفوته بالبيع لبعض أولاده أو الهبة لهم لأنهم فعلوا معه خيرا دون الأخيرين أو بقصد إغاضة ولده بذلك،

والصواب أن لا يمضي ذلك إذا قصد ذلك وإلا ففيه نظر هل تجب على بنيه نفقته أم لا؟ كما تقدم في عكسها في فتوى الرماح اهـ
وكم أسلم في ثلاثة أيام فقبضه في بلد السلم - على القول بالمنع وهو المشهور - لاحتمال أن يكونا أضمرنا ذلك فيعاقبان بنقيض المقصود اهـ وفي الرسالة: ومن أسلم إلى أيام فقبضه ببلد أسلم فيه فقد أجازة غير واحد من العلماء وكرهه آخرون اهـ ووجه قول مالك وأصحابه أنهما لم يقصدا في العقد في البلد الذي أسلم فيه.

وقوله والذي قدما شيئاً قبيل وقته قد حرماً إشارة إلى قاعدة من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه، كمن تزوج بعدة إلى تأييد تحريم المتزوجة بالعدة سواء وطئها فيها أو بعدها على المشهور، وفي خ: "وتأبد تحريمها بوطء وإن بشبهة ولو بعدها"

وقوله ومن خلق في رأي إلى رأي أحمد بن ميسرة في تأييد تحريم المرأة على من أفسدها على زوجها حتى طلقها؛ وهو اختيار الشيوخ المتأخرين؛ وعليه استمر العمل بالمغرب، قال ناظم عمليات فاس :

وأبدوا التحريم في مخلوق وهارب سيان في محقق

وأشار بقوله في رأي بالتنكير إلى أن المشهور خلافه.
وبقوله وشبهه إلى ما أشبه الفرعين كحرمان المدبر من العتق بقتل سيده عمداً، وإليه أشار في خ بقوله: "وبطل التدبير بقتل سيده عمداً" كما إذا قتل الوارث موروثه؛ فإن كان عمداً فلا يرث من ماله ولا ديته؛ وإن كان خطأ ورث من ماله دون ديته اهـ وكحرمان الموصى له من الوصية بقتل الموصي عمداً، وكالمتزوج في الإحرام في تأييد التحريم عليه على خلاف المشهور؛ لأن المشهور نفي التأييد وهو الأصل اهـ

وأما قول الناظم اعلمن أن التصدق بكل المال الخ فهو في معرض الاستثناء من قاعدة المعاقبة بنقيض المقصود الفاسد إما على وفاق أو خلاف، قال في إيضاح المسالك: خالفوا هذا الأصل في المتصدق بكل المال لإسقاط فرض الحج، ومنشئ السفر في رمضان للإفطار، ومؤخر الصلاة إلى السفر للتقصير، ومؤخر قبض الدين فراراً من الزكاة، وبائع الماشية بعد الحول فراراً من زكاة عينها، وصائع الدنانير والدرهم حلياً لإسقاط الزكاة، وذات الزوج تقصد بعطية الثلث فدون الإضرار وفيها ثلاثة أقوال، وانظر إذا قتل السيد أمته أو زوج أمته والمرأة زوجها أو نفسها قبل البناء فالمنصوص تكميل الصداق؛ لأن التهمة فيه أضعف، وكذلك أم الولد تقتل سيدها فلا

تبطل بذلك حريتها، وكذلك الطالب بالدين إذا قتل مطلوبه قبل حلول أجل دينه فإنه يحل بموته ولا يتهم بتعجيله، وكذلك السيد يقتل مكاتبه فإن الكتابة تحل بموته، وكذلك من أعتق عبدا إلى موت دابة فقتلها العبد فقالوا تعمر الدابة ويعتق العبد بعد ذلك، وانظر على هذه لو أعتقه إلى موت فلان فقتل العبد فلانا، وكذلك إن أوصى لعبد رجل أو أولاده أو زوجته فقتله السيد أو الأب أو الزوج؛ قالوا: لأنه لا يتهم أحد أن يقتل من أوصى لأبيه أو لابنه أو لعبد أو لزوجته لعل أن يعطيه شيئا انتهى.

فقول الناظم لم يكن بتال خبر إن في قوله اعلمن إن التصديق؛ أي ما ذكر تابعا لذلك الأصل ولا جاريا عليه، وقوله وما لحيض أي وما آخر من الصلاة لمجيء حيض في الوقت يسقطها فجاء، أو لوقوع سفر فيه يقصرها فوقع؛ وفي بعض النسخ بحيض بالباء أي بسبب توقع حيض أو في صورة حيض وفي بعضها كما لحيض، وظاهر كلام الناظم في قصره الخلاف على تبرع الزوجة أن ما عداه متفق عليه وليس كذلك؛ قال ابن ناجي بعد قول الرسالة ومن سافر الخ: ظاهر كلامه سواء دخل عليه رمضان في الحضر ثم سافر أو لا، وليس كذلك بل الإجماع من أهل العلم إنما هو إذا دخل عليه رمضان وهو مسافر، وأما إن سافر بعد دخوله ففيه خلاف بينهم حكاه ابن عبد البر اهـ. وفي خ "ولا يزكى دين إن كان أصله عينا بيده أو عرض تجارة" إلى أن قال "لسنة من أصله ولو فر بتأخيره إن كان عن كهبة أو أرش ما عن مشتري للقتية وباعه لأجل فلكل وعن إجارة أو عرض مفاد قولان"، قال في الرسالة ولا زكاة في دين حتى يقبضه وإن أقام أعواما فإنما يزكيه لعام واحد بعد قبضه ابن ناجي: ظاهره وإن كان فارا من الزكاة وهو كذلك؛ وقال ابن القاسم: إن كان فارا زكى لماضي السنين؛ ومذهب الشافعي إيجاب الزكاة لماضي السنين مطلقا اهـ.

فالمسائل التي عدت مستثناة في المعاملة بنقيض الفاسد وجد الخلاف فيها ما عدا مسألة الحلبي؛ والناظم لم يحك الخلاف إلا في تبرع الزوجة كما تقدم؛ وفرق بعض الشيوخ بين التي عدت من القاعدة وبين التي استثنت منها بأن وقت الحج موسع وكذلك الوقت موسع للحائض والمسافر؛ وصاحب الحلبي إنما صنعه قبل حصول الحول الذي هو شرط وكذلك بائع النعم؛ ومن آخر قبض دينه إنما سقطت زكاته لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان من عدم الزكاة كالمال الموروث غير المقبوض؛ وإنما يتأتى النظر فيه إن قلنا من ملك أن يملك يعد مالكا والمتقدم خلاف الأصل؛ وأيضا فإن هذه الأفعال إنما هي مباحة أو مندوبة بخلاف القتل والتطليق في المرض

وما أشبه ذلك مما وقع فيه المعاملة بالنقيض فإنها دائرة بين محرم ومكروه
قاله المنجوري اهـ

- ٢٧٧ وأبق ما كان على ما كانا مثمونا أو أجلا أو أثمانا
٢٧٨ عند التنازع بقبض وانقضا بسكت بائع طويلا القضا
٢٧٩ لمشتري كلحم أو بقل بيان به وإلا فخلاف استبان
٢٨٠ إن ادعى الرفع قبيل القبض وبعده فلا وشبه القرض
٢٨١ كحال استصحاب أو ما قد وقع

هذه قاعدة بقاء ما كان على ما كان ويعبر عنها باستصحاب الحال حتى
يظن عدم البقاء وقيل حتى يوقن، وأبدل مثمونا من ما وهو مفعول أبق؛
والباء في بقبض ظرفية تتعلق بالتنازع؛ وقبض راجع إلى المثمون
والأثمان؛ وانقضا راجع إلى الأجل، أي أبق الثمن عند التنازع في قبضه
على ما كان عليه من كونه بيد البائع، وأبق الثمن عند التنازع في قبضه
على ما كان عليه من كونه في يد المشتري؛ وأبق المثمون عند التنازع في
قبضه على ما كان عليه من كونه بيد البائع؛ وأبق الأجل عند التنازع في
انقضائه على ما كان عليه من كونه لم ينقض اهـ

وقوله بسكت بائع طويلا القضا لمشتري أي القضاء للمشتري بدفع الثمن
بسبب سكت البائع عنه سكوتا طويلا؛ أي في الزمن الطويل الذي لا يمكن
الصبر إليه ويرجع إلى العوائد، وفي نسخة إن لم يطل سكت وإلا فالقضا
للمشتري.

وقوله كبقل أو لحم بيان به أي فيما يقضى للمشتري فيما جرت العادة فيه
بسرعة قبض الثمن كالبقل واللحم إذا بان به أي انفصل.

قوله وإلا فخلاف استبان إن ادعى الدفع قبل القبض وبعده فلا؛ أي وإن لم
يبين بنحو اللحم والبقل وقد قبضه ثم تنازع مع البائع في دفع الثمن فإن ادعى
أنه دفع قبل قبض اللحم والبقل فهل يقبل قوله أم لا؟ وإن ادعى الدفع بعده
فلا يصدق اتفاقا.

وقوله وشبه الفرض كحال استصحاب أو ما قد وقع شبه بالنصب عطف
على مثمونا؛ والحالة المستصحة إشارة إلى الفروع المذكورة؛ والذي وقع
كانعقاد البيع في الاختلاف في مضي أمد العهدة وفي عدم العيب وحدوثه،
وفي خليل: "وإن اختلفا في انتهاء الأجل فالقول لمنكر التقضي وفي قبض

الثلث أو السلعة فالأصل بقاءهما إلا لعرف كلحم أو بقل بان به ولو كثر وإلا فلا إن ادعى دفعه بعد الأخذ وإلا فهل يقبل الدفع أو فيما هو الشأن أو لا أقوال" وإنما كان القول قول منكر التقضي في بقاء الثلث في ذمة المشتري وبقاء السلعة في يد البائع لأن الأصل عدم خروجها إلا ببينة أو إقرار؛ إلا أن العرف مقدم على الأصل في مثل اللحم والبقل إذ العرف في ذلك إعطاء الثلث قبل التفريق، وحكى المازري الاتفاق على اعتبار العادة هنا، وقال ابن أبي زمنين: سواء كثر ذلك أو قل نقله عن ابن القاسم، وقال يحيى بن عمر: إن كثر البقل واللحم صارت كسائر السلع القول فيه قول البائع؛ هذا بعد البينة أما قبلها فإن قال المشتري دفعت إليه الثلث بعد قبض الرطب مثلا فالقول قول الرطاب باتفاق؛ وإن قال دفعته قبل الرطب فثلاثة أقوال: أحدها أن القول قول البائع وهو ظاهر قول مالك في العتبية، والثاني أن القول قول المبتاع رواه ابن القاسم في الموازية، والثالث قول المشتري في كل ما الشأن فيه قبض ثمنه قبل قبض المثلث وهو قول ابن القاسم في الموازية، وأما إن لم يقبض المشتري المثلث وادعى أنه دفع الثلث فلا خلاف أنه لا يعتبر.

وقول الناظم كحال استصحاب الخ من ذلك: إذا اختلف المتبايعان في مضي أمد العهدة فهل يصدق البائع لأن المشتري يحاول نقض بيع قد انعقد أو المشتري استصحابا للأصل وهو كون الضمان من البائع؟ في ذلك قولان. ومنه إذا باع عبدا فتبرأ في العقد من الإباق ففيه قولان: أحدهما أن إثبات خروجه سالما من العهدة على البائع استصحابا لحال الضمان وهي رواية ابن نافع عن مالك في المدونة، والثاني أن على المشتري إثبات أنه قد هلك في العهدة وبه أخذ ابن القاسم، قال ابن شأس: إن طرأ على المبيع أمر أشكل وقت حدوثه ولم يدر أفي العهدة أو بعدها هل يكون ضمانه من المبتاع أو من البائع؟ مذهبنا لتقابل أصلي السلامة والضمان، قال مالك: هو من البائع حتى يعلم أنه خرج من العهدة سالما، قال ابن القاسم: هو من المشتري؛ والأول أبين اهـ وجعل جب قول ابن القاسم هو الأصح قال: ما يطرأ واحتمل فيهما أي العهدين أو بعدهما فمن المشتري على الأصح؛ وعابه عليه في ضيغ وقال: فيه نظر؛ وقد قال اللخمي أن قول مالك أقيس لأن الأصل أنه في ضمان البائع ووجوده بعد الثلاث مشكوك فيه فلا ينتقل عن ضمان الأول بشك؛ وتبعه في خ إذ قال: "والمحتمل أن العيب المحتمل حدوثه بعدهما" أي من العهدين أو فيهما منه أي المشتري.

ومنه إذا اختلفا في تاريخ انعقاد البيع وتداعيا في قدم العيب وحدثه فلمن القول منهما؟ في ذلك قولان: أحدهما أن القول قول المشتري استصحابا

لعدم عقده وثانيهما أن القول قول البائع استصحابا لكون البيع منعقدا فلا ينتقض بالدعوى.

ومنه إذا اختلف المتبايعان في عبد بيع بالخيار وقد ذهبت أيام الخيار هل مات فيها أو بعدها؟ قولان؛ سببهما استصحاب حال كون البيع منعقدا أو استصحاب حال وجود الضمان.

ومنه إذا اختلفا في المبيع على رؤية متقدمة أنه تغير عنها فلمن القول منهما؟ قال ابن القاسم: القول قول البائع، وقال أشهب: القول قول المشتري؛ بناء على أن الأصل بقاء ما كان على حاله أو براءة ذمة المشتري من الثمن، وعلى قول ابن القاسم مشى جب إذ قال: والقول قول البائع في بقاءه خلافا لأشهب، واقتصر في خ على قول ابن القاسم إذ قال: "وبقاء الصفة إن شك" هذا إن أشكل الأمر هل يتغير في هذه المدة أم لا؟ فما يقال أن المبيع يتغير فالقول للمشتري ويسقط اليمين عن البائع حيث يقطع بكذب المشتري كما إذا اشترى زيتا أو قمحا بالأمس ويقول اليوم قد تغير الزيت واحمر وتسوس القمح اهـ.

٢٨١ وبدل مع أصله لا يجتمع

٢٨٢ وقيل إن ضعف قواه البديل كماء استعمل والخف نقل

الأصل أن البديل لا يجتمع مع أصله؛ وقيل إلا أن يضعف فيقويه البديل كماء استعمل في حدث على القول بأنه مشكوك فيتوضأ به ويتيمم لأصلاته؛ وأخرج قول الأبهري: وقيل أنه غير طهور وهي رواية أصبغ عن مالك؛ وقيل إنه طهور ولكنه يكره استعماله مع وجود غيره؛ فإن لم يجد غيره تطهر به ولا يتيمم مع وجوده وهذا هو المشهور في المذهب، وفي خ: "وكره ماء مستعمل في حدث" أي مع وجود غيره.

قوله والخف نقل أي نقل عن مالك أنه لا يجمع فيه بين مسحه وغسل ما بقي وهي رواية الوليد بن مسلم عن مالك، قال ابن عرفة: ولا يمسح على غير ساتر كل محل الغسل، وروى الوليد بن مسلم عن مالك يمسح ويغسل ما بقي، ورده الباجي بأن هذا إنما يعرف للأوزاعي وهو كثير الرواية عنه ومال إليه المازري؛ ورده ابن عبد السلام بأنه أحد رجال الصحيحين ولم يوهمه أحد اهـ وقال ابن رشد: روى علي وأبو مصعب والوليد يمسح المحرم على الخف المقطوع أسفل الكعبين؛ وزاد الأوزاعي غسل ما بقي اهـ.

ومثل الماء المستعمل في حدث الماء القليل إذا حلتته نجاسة لم تغيره على القول بأنه مشكوك فيه؛ فيجمع بين الوضوء به والتيمم وهو أحد الأقوال الأربعة فيه، ثانيها وهو المشهور أنه طهور ويكره استعماله مع وجود غيره واقتصر عليه في خ، وثالثها أنه نجس وهو قول ابن القاسم وعليه اقتصر ابن أبي زيد في الرسالة وهو رواية المصريين من مالك، ورابعها أنه طهور من غير كراهة نقله اللخمي عن رواية أبي مصعب اهـ

٢٨٣ بفساد في الحال لا تواعد كعدة بيع طعام وارد

٢٨٤ ما ليس عندك كذا وما منع للوقت في الصرف خلاف قد سمع

الأصل منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية؛ كتحريم مواعدة المعتدة بالنكاح لقوله تعالى: وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عِلْمَ اللَّهِ أَنْكُمْ سَتَذَكَّرُونَ هُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا فَتَضْمَنْتِ الْآيَةَ الْمَنْعِ مِنَ الْمَوَاعِدَةِ فِي الْعِدَّةِ اهـ وظاهر كلام ابن رشد الكراهة.

وأشار بقوله بيع طعام إلى منع المواعدة في بيع الطعام قبل قبضه كالمواعدة على النكاح في العدة وليس كالمواعدة على الصرف خلافا لللخمي، والمواعدة على الصرف فيه ثلاثة أقوال كما يأتي؛ ابن رشد: الفرق أنها في الصرف كأنها بنفسها تأخير وليس إبرام العقد في الصرف بمحرم فتجعل المواعدة حريما له؛ بخلافها في بيع الطعام قبل قبضه والنكاح في العدة.

وأشار بقوله ما ليس عندك كذا إلى منع المواعدة في بيع ما ليس عندك، وأشار بقوله وما منع للوقت إلى البيع الواقع عند النداء للجمعة فتحرم المواعدة عليه، قال المقرري قاعدة: أصل مالك منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية؛ من ثم منع مالك المواعدة في النكاح في العدة وعلى بيع الطعام قبل قبضه ووقت نداء الجمعة وعلى ما ليس عندك اهـ قال تعالى: إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ، وفي خ: "وفسخ بيع وإجارة وتولية وشركة وإقالة وشفعة بأذان ثان فإن فات فالقيمة حين القبض كالبيع الفاسد لا نكاح وهبة وصدقة" أي لا تفسخ الثلاثة وإن كانت محرمة، قال ابن جزي: يحرم البيع والنكاح وسائر العقود من جلوس الخطيب إلى انقضاء الصلاة، وقال ابن العربي - بعد أن ذكر عن ابن القاسم عدم فسخ النكاح والهبة والصدقة -: والصحيح فسخ الجميع لأن كل أمر شغل عن الجمعة من العقود كلها فهو حرام شرعا مفسوخ ردعا اهـ

وبقوله في الصرف خلاف قد سمع أي قبل؛ أي المواعدة على الصرف ثلاثة أقوال: المنع والجواز والكراهة، المنع هو ظاهر المدونة قال فيها: ولو قال له المبتاع اذهب بنا إلى السوق بدراهمك فإن كانت جيادا أخذتها منك كذا درهما بدينار لم يجز؛ ولكن يسير معه على غير المواعدة وهو عندي نص في المنع، ونسب اللخمي الكراهة لمالك وابن القاسم؛ وصرح المازري بأنها المشهور، والجواز لابن نافع وابن عبد الحكم، والمنع لأصبيغ ويفسخ إن وقع وقاله ابن القاسم في سماع أصبغ؛ وقال في سماع يحيى: إن وقع لم يفسخ؛ واستحسن اللخمي الجواز وفرق بينه وبين مواعدة المعتدة بأن المعتدة يخاف أن تكون حاملا، وأجاز ابن شأس هنا التعريض وهو صحيح لأنه إذا جاز التعريض في العدة فهو هنا أوكد؛ ومشى جب و خ على المنع اهـ

- ٢٨٥ تبيح محظورا ضرورة كما لذي اضطرار وخلاف علما
 ٢٨٦ في كسفاتج ربا وسائس بسالم وأخضر بيابس
 ٢٨٧ في سنة ونجس كعك

الأصل أن الضرورة تبيح المحظورات اتفاقا في بعض المسائل وباختلاف بعضها، قال المقرئ: من الأقوال الجمهورية الضرورة تبيح المحظورات؛ وأصل ذلك ثابت في الميتة والخمر للغصة ومال الغير، واختلف المالكية في إباحتها للربا ونحوه؛ كالمسافر يأتي لدار الضرب بتبر فيدفعه وأجرة العمل ويحسب ما نقص ثم يأخذه في مقابلة الباقي مسكوكا، وكمسألة دار الإشغالية والسفاتج والمستاس بالسالم في المسغبة والدقيق والكعك للحاج بمثله في بلد آخر، قال مالك: يسلف ولا يشترط؛ والأخضر في وقت الحصاد باليابس في المجاعة، وكبيع النجاسة ثالثها الميتة المشهور يجوز ما اختلف في نجاسته لا ما أجمع عليه؛ ومن ثم قيل: المشتري أعذر فيها من البائع وأصله القياس على الرخص المباحة للضرورة كالقرض والقراض والجعل والعرية والمساقاة ونحوها اهـ.

أشار الناظم بذي اضطرار إلى مسألة أكل المضطر الميتة ومال الغير وشرب الخمر للغصة، وفي خ: "وخمر إلا لغصة وقدم الميتة على خنزير وصيد محرّم لا لحمه وطعام غير إن لم يخف القطع وقاتل عليه"، والسفاتج جمع سفتجة بفتح السين المهملة وفتح التاء المثناة وبالجميم كتاب؛ أشار بقوله إلى الخلاف الواقع فيها على ثلاثة أقوال: قول بالمنع وهو مذهب المدونة

وهو المشهور لأن شرط القرض أن لا يجر منفعة وقد انتفع هذا بأمن غرر الطريق؛ وقيده عبد الوهاب واللخمي بما إذا لم يكن قطع الطريق غالباً فإن غلب استحباب صيانة للأموال، والجواز لمحمد بن عبد الحكم؛ وقيل وأجازته غيره من أصحابنا، والكراهة نقلها ابن الجلاب عن مالك اهـ وفي خ مشبها بالممنوع: "كسفتجة إلا أن يعم الخوف".

وأشار بقوله ربا إلى مسألة المسافر وفيها يقول جب: وفي التبر يعطيه المسافر دار الضرب وأجرته ويأخذ وزنه قولان لمالك؛ أجازته في سماع ابن القاسم وابن وهب، وقال ابن القاسم: أراه جائزاً للمضطر وذو الحاجة، مالك: وقد عملت به الناس في زمان بني أمية ويفعله أهل الورع؛ وبالمعنى قال الأكثرون، قال ابن رشد: والصواب عدم الجواز إلا مع الخوف على النفس الذي يبيح أكل الميتة، وقال ابن حبيب: وأما الصانع فلا يجوز ذلك معه قولاً واحداً اهـ وفي خ مخرجا من الممنوع: "بخلاف تبر يعطيه المسافر وأجرته دار الضرب ليأخذ زنته والأظهر خلافه".

وأشار بقوله وسائس بسالم الخ إلى ما في سلف تلك الأشياء وما في بيع النجس من الخلاف، وفي خ ماراً على المنع في بيع الزبل: "وشرط للمعقود عليه طهارة لا كزبل وزيت تنجس" وفي التحفة: ورخصوا في الزبل للضرورة اهـ والمبتاع فيهما أعذر من البائع اهـ

وأما سلف السائس بالسالم والأخضر باليابس في سنة أي في المسغبة وسلف الكعك يعني للحاج بدقيق؛ قال جب: وفي سلف السائس بالمستاس بالسالم في المسغبة والدقيق والكعك للحاج بدقيق في بلد بعينه قولان؛ وفيها يسلف ولا يشترط اهـ المشهور المنع في المسألتين والشاذ لسحنون؛ وقيده اللخمي المنع بما إذا لم يعم دليل على إرادة نفع المستلف فقط؛ وأما إن قام ذلك فيجوز لما في المدونة: ومن له إلى جانبك زرع فاستقرضته منه على أن يقضي لك ببلده لم يجر؛ وإن أقرضك فداناً من زرع مستحصد تحصده أنت وتدرسه لحاجتك وترد عليه مثل كيل ما فيه فإن فعل ذلك رفقا ونفعا لك دونه جاز إذا كان ليس فيما كفيته منه كبير مؤنة في كثرة زرعه وإن اغتذى بذلك نفع نفسه بكفايتك إياه لم يجر، وخص الحاج بالذكر لأنه يقصد إليها غالباً وإلا فكل من كان مثله فكذلك، وفي خ عاطفا على ما يحرم: "أو جر منفعة كشرط عفن بسالم ودقيق أو كعك ببلدهما به أو خبز فرن بملة أو عين عظم حملها كسفتجة إلا أن يعم الخوف وكعين كرهت إقامتها إلا أن يقوم دليل على أن القصد نفع المقترض فقط في الجميع كفدان مستحصد خفت مؤنته عليه يحصده ويدرسه ويرد مكيلته".

٢٨٧ ومــــا أــــخــــر بــــعــــد الــــوقــــت قــــرضــــا رــــســــمــــا

٢٨٨ كــــعــــكــــس أــــولــــا

هذان أصلان: أولهما من آخر ما وجب له عد مسلفا، والثاني عكسه من عجل ما لم يجب عليه هل يعد مسلفا؟ ليقضي من ذمته إذا حل الأجل - إلا في المقاصة وهو المشهور - أو مؤديا ولا سلف ولا اقتضاء وهو المنصور؟ قوله أو لا راجع إلى قوله كعكس أي اختلف هل المعجل مسلف أم لا؟ قال المقرئ : من آخر ما وجب له عد مسلفا؛ ومن ثم لم يجز أن يأمره بصرفه ولا أن يسلمه ليلا يكون تأخير المنفعة وإن أسلمه إلى نفسه ففسخ دينا في دين، ومن ذلك أن يقرض في مسألة الحمار في كتاب الأجال وهي: باع حمارا بعشرة إلى أجل ثم استقال منه فرده ودينارا نقدا؛ قال في المدونة: لا يجوز لأنه بيع وسلف لأن المشتري ترتب في ذمته عشرة دنانير دفع منها معجلا الحمار الذي اشتراه ودينارا ليأخذ من نفسه عند حلول الأجل تسعة عوض الحمار وهو بيع؛ ودينارا عن الدينار السابق وهو سلف؛ ويدخله ضع وتعجل على أن الحمار يساوي ثمانية فدون؛ ولا يدخله حط الضمان وأزيدك إذ لا ضمان في العين اهـ وضع وتعجل وذهب بذهب وعرض غير يد بيد فيقرض الدينار مؤجلا إلى أبعد من الأجل فلا خلاف بينهم في منعه.

قال المقرئ أيضا: المشهور من مذهب مالك أن المعجل كالمسلف ليقبض من ذمته إذا حل الأجل إلا في المقاصة؛ والمتصور أنه مؤد ولا سلف ولا اقتضاء لأنه إنما قصد إلى القضاء والبراءة، وعليه مسألة الفرس في بيوع الأجال: إن يسلم فرسا في عشرة أثواب إلى أجل ثم يشتريه بخمسة منها ويسترد معه خمسة؛ قال في المدونة: لا يجوز لأنه إن كان يساوي دون الخمسة دخله ضع وتعجل أو فوقها فحط الضمان وأزيدك؛ ولأنه بيع بخمسة والخمسة الأخرى سلف من المعجل يأخذ من ذمته اهـ. ضيخ: وأما على الشاذ من المعجل لما في الذمة لا يعد سلفا ويبرأ فيجوز ذلك كما لو كان حالا وهو قول البرقي؛ لكن لا يجيز هذه الصورة للعتين الأخيرتين اهـ جب: إذا أسلم فرسا في عشرة أثواب ثم استردها قبل الأجل مع خمسة لم يجز لما فيه من بيع وسلف وضع وتعجل وحط الضمان وأزيدك؛ فأما البيع والسلف فينبني على المشهور من أن المعجل لما في الذمة مسلف ثم يقضيه في ذمته عند الأجل؛ وقيل يجوز لأنه أداه وبرئ؛ وضع وتعجل إن كان

الفرس يساوي أقل؛ وحط الضمان وأزيدك على أن الفرس يساوي أكثر؛ هذا إن كان المردود الفرس نفسه أو غيره مع أن المزيد مؤخر عن الأجل كانت الأثواب التي مع الفرس مؤخرة عن الأجل منع لأنه فسخ دين في دين وبيع وسلف محقق؛ أي بيع الخمسة الأثواب بالفرس مع تأخير الدين عن أجله الذي وجب قضاؤه فيه وذلك سلف بلا إشكال وبلا خلاف؛ لأن الخلاف إنما هو فيمن عجل ما حل هل يعد مسلفاً أم لا؟ أما من أخر ما عجل فإنه يعد مسلفاً اتفاقاً، قال في خ: "وإن أسلم فرساً في عشرة أثواب ثم استرد مثله مع خمسة منع مطلقاً" أي سواء كانت الخمسة معجلة أو مؤجلة لدون الأجل الأول أو لمثله أو لأبعد لأنه سلف بزيادة؛ لأنه آل أمر بائع الفرس إلى أنه سلف المشتري فرساً رد إليه مثله وما أخذه زائد نفع؛ فالمسلم هو المسلف كما لو استرده إلا أن تبقى الخمسة لأجلها؛ لأن المعجل لما في الذمة أو المؤخر مسلف اهـ

٢٨٨ . . . نفي ما قد أدى إثباته إليه أولى عدا

٢٨٩ من الفروع جعل عبد مهراً كمعتقين ادعياً أقرا

٢٩٠ وقبض مهر أمة ومن شهد بعق أو حمل وشبهها . . .

هذا أصل من أصولهم: كل ما أدى ثبوته إلى نفيه فنفيه أولى. ومن فروعه جعل رقبة العبد صداقاً لزوجته هذا العبد فإن النكاح يفسد؛ لأن صحة كونه صداقاً يلزم منه ملكها له؛ ويلزم منه فسخ النكاح لما تقرر أن النكاح والملك لا يجتمعان؛ ويفسخ قبل الدخول وبعده ويلزم من فسخه ارتفاع الصداق اهـ وفي خ: "أو تضمن إثباته رفعه كدفع العبد في صداقه". وأشار بقوله كمعتقين ادعياً أقرا إلى مسألة من أعتق عبديه فادعى غيره ملكيتهما فأقر له العبدان؛ قال مالك: لا تقبل شهادتهما لأننا لو قبلناها لصارا رقيقين وبالرق تبطل الشهادة ولو صحت لبطلت فتبطل اهـ

وبقوله وقبض مهر أمة إلى مسألة من زوج أمته لعبد وقبض صداقها وتصرف فيه ثم أعتقها قبل البناء فإنه لا خيار لها على القول المعمول به؛ لأن ثبوت الخيار يرفع الخيار؛ إذ لو اختارت الفراق قبل البناء لسقط الصداق وإذا سقط بطل عتقها بصيرورة السيد مدينا بدين سابق العتق وإذا بطل عتقها بطل خيارها اهـ جب: فإن اختارت قبل البناء فلا صداق ويرده السيد؛ فإن كان عديماً فقيل يسقط خيارها لأن ثبوته يسقطه، وقيل يثبت وتباع فيه لما أوجبه الحكم، وقيل يثبت ولا تباع لأنه طارئ بالاختيار بعد

العتق. وفي خ: "وسقط صداقها قبل البناء والفراق إن قبضه السيد وكان عديماً" أي وسقط الفراق الخ.

وبقوله ومن شهد بعتق إلى مسألة ما إذا شهد رجل مع آخر على عتق عبد فعتق وقبلت شهادته؛ وشهد ذلك الرجل مرة أخرى فردت شهادته بجرحة؛ فشهد العبد المعتق فيه بالجرحة؛ فلا تقبل شهادته لأنها إن قبلت شهادته ثبتت جرحة الشاهد فإذا ثبتت بطل عتق العبد وإذا بطل عتقه سقطت شهادته وإذا سقطت لم يصح تجريحه للشاهد وإذا لم يصح تجريحه ثبتت شهادته وإذا ثبتت صح عتق العبد وإذا صح عتقه صحت شهادته وإذا صحت شهادته صح تجريحه ودارت المسألة أبداً.

وبقوله أو حمل إلى مسألة من توفي وله أمة حامل وعبدان وله عاصب؛ فيعتق العاصب العبدین وتلد الأمة ابناً ذكراً؛ فشهد العبدان بعد عتقهما أن الأمة كانت حاملاً من سيدها المتوفى؛ فإن شهادتهما لا تجوز لأن في إجازتها إبطال عتقهما.

وأشار بشبهها إلى مسائل من هذا المعنى: منها من زوج عبده من حرة بصدق ضمنه لها ثم باع منها العبد بالصدق قبل الدخول؛ فإنه لا يصح البيع لأنه لو صح لملك زوجها ولو ملكته لفسخ النكاح ولو فسخ لسقط مهرها وإذا سقط المهر بطل البيع.

ومنها إذا اشترى اثنان عقاراً دفعة واحدة فلا شفعة لأحدهما لأنها لو وجبت لأحدهما لوجبت للآخر ولو وجبت لهما لزم أن لا تجب لهما.

ومنها إذا عدله رجلان فلا يجوز له تجريحه لأحدهما مع غيره بجرحة قديمة قبل تعديله لأن في ذلك إبطال تعديله.

ومنها المسألة الشريحية نسبة لابن شريح الشافعي لقوله مع جماعة من أصحاب الشافعي: لا يلزم الطلاق من قال متى طلقته فأنت طالق قبله ثلاثاً؛ واحتجوا بأن إثبات الطلاق مؤد إلى رفعه وكل ما أدى إثباته إلى نفيه فهو منتف من أصله؛ وذلك أنها لو طلقت قبلاً لطلقت قبله ثلاثاً ولو طلقت قبله ثلاثاً لم يفسخ، ومذهب مالك أن قوله قبله لغو فيكون بمنزلة ما لو لم ينطق قبله إذا طلقها طلقته ثلاثاً؛ وفي خ عاطفاً على ما تلزم فيه الثلاث: "أو إن طلقته فأنت طالق قبله ثلاثاً" وهذا هو الصحيح لأن ما قاله ابن شريح ومن معه مؤد إلى اتخاذ آيات الله هزواً؛ إذ يلزم عليه أن كل من فعل مثل ذلك الطلاق البتة ويبقى يطلق ولا يلزمه وهو خلاف ما شرعه الله تعالى من الطلاق في حق الزوج.

ووقع لمالك ما يدل على هذا في غير هذا الفرع وهو ثبوت ما يؤدي ثبوته إلى نفيه منه قوله: من أعتق ولده أو والده في مرضه بتلا صح عتقه

وورثه؛ مع أن إرثه يؤدي إلى نفيه لأن العطية في المرض كالوصية لا تصح لو ارث؛ فثبوت إرثه يبطل العطية له وبطلان العطية له يبطل حرثه وبطلان حرثه يبطل إرثه.

- ٢٩٠ ورد
- ٢٩١ في متلف قيمته إن قوما في الحلبي والقبر خلاف علما
- ٢٩٢ كالغزل والجدار باج قد عزا المثل في العرض ومنها أبرزها
- ٢٩٣ ومثل مثلي سوى ما صريا مع جزاف والخلاف روبا
- ٢٩٤ في القرض والغصب بموضع الغلا كالماء بمعطش وشبهه نقلنا

اشتملت هذه الأبيات على أصليين: الأول أن من أتلف مقوما فعليه قيمته إلا فيما استثناه مما اختلف فيه، الثاني أن من أتلف مثليا فعليه مثله إلا فيما استثناه على وفاق أو خلاف.

أشار بالغزل والحلي إلى ما فيهما من الخلاف، قال ابن القاسم: من استهلكهما فعليه قيمتهما، وقال أشهب: عليه مثلهما كغيرهما من المثليات، ومشى في خ على قول ابن القاسم إذ قال في الغصب: "وإن صنع كغزل وحلي وغير مثلي فقيمه يوم غصبه".

وأشار بالقبر إلى ما فيه من الخلاف حيث يحفر في موضع يملك فيه الدفن ودفن فيه غير من حفر له تعديا؛ فقال سحنون: عليه أن يحفر مثله في ذلك الموضع؛ والمشهور أن عليه قيمته وعليه مرخ إذ قال: "وإن كان بما يملك فيه الدفن بقي وعليهم قيمته".

وبقوله والجدار إلى مسألة من هدمه لغير ضرورة، في العتبية عن مالك أن عليه مثله كما هو المشهور فيمن هدم حبسا عند غير ابن عرفة، وفي خ: "ومن هدم وقفا فعليه إعادته" لأن أخذ قيمته كبيعه وهو لا يجوز بيعه، وتبع في ذلك جب وابن شأس وقبله ابن هارون وابن عبد السلام؛ وأنكره ابن عرفة وقال: قبولهم إياه يوهم أنه كل المذهب أو مشهوره ولا أعرفه؛ بل ظاهر المدونة أن الواجب في الهدم القيمة مطلقا؛ وقد قال عياض في حديث جريج أول كتاب البر: من هدم حائطا فمشهور مذهب مالك وأصحابه أن فيه وفي سائر المتلفات القيمة، وقال الشافعي: عليه بناء مثله، وفي العتبية عن مالك مثله اهـ. وفي ضيخ والنوادر عن ابن كنانة لا ينقض بناء الحبس

وتبنى فيه حوانيت للغلة وهو ذريعة إلى تغيير الحبس؛ ومن كسر حبسا من أهل الحبس أو غيره فعليه أن يرد البنيان.

وأما قوله باج قد عزا المثل في العرض ومنها أبرزوا فمعناه أن الباجي قد عزا القضاء بالمثل في العرض لمالك؛ وأبرز من المدونة أي أقام منها ذلك، قال في إيضاح المسالك: أقام غير واحد من المحققين كالباجي وابن سهل وابن رشد من مسألتي جلد البعير والشاة اللتين في التجارة والصناع وغيرهما من مسائل المدونة القضاء بالمثل في العرض؛ كمسألة الدفن في كتاب الغصب؛ ومسألة المستخدمة في كتاب أمهات الأولاد: من أخدم أمته رجلا سنين ثم وطئها سيدها فحملت منه كانت له أم ولد في ملأه وتؤخذ منه مكانها أمة تخدم في مثل خدمتها؛ وقيل تؤخذ منه قيمتها فيؤجر منها خادم، وبهذا الرأي أعني القضاء بالمثل في المقوم كان يحكم آخر المجتهدين بفاس القاضي أبو يحيى أبو بكر بن خلف المواق فيما حكى أبو الحسن الصغير عن أبي محمد صالح عن شيخه أبي محمد بن تاخيريت، وصرح أبو الوليد الباجي بأنها رواية عن مالك اهـ كلام صاحب لإيضاح المسالك.

وقال في ضيغ: ذكر الباجي عن مالك أن المقوم يضمن بالمثل كالمثلي وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم: (قصعة بقصعة)، وقال السنهوري - في قول خ في الضمان "ورجع لما أدى ولو مقوما" - : هذه إحدى المسائل التي يضمن فيها المقوم بالمثل؛ وجزاء الصيد يضمن قاتله المثل إن كان له مثل؛ وشاة الزكاة إذا أتلف المالك الغنم بعد الحول لزمه ما وجب فيها قبل إتلافها.

وأما قول الناظم ومثل مثلي فهو الأصل الثاني أن المثليات يلزم فيها المثل إلا في مسألة المصراة وما ذكر معها؛ فالمصراة إن ردت لصاحبها فإن الواجب في لبنها غير مثله؛ حتى أنه لو رد مثله لم يصح على المشهور؛ قال في خ: "وتصرية الحيوان كالشرط كتلطخ ثوب عبد بمداد فيرده بصاع من غالب القوت وحرم رد اللبن"، جب: لأنه يبيع الطعام قبل قبضه؛ أي يبيع الصاع المذكور لأنه ترتب في الذمة.

وقال في إيضاح المسالك: الأصل أن من أتلف مثليا فعليه مثله إلا في المصراة لأجل اختلاط لبن البائع بلبن المشتري وعدم تمييز المقدار؛ وفي الجراف وغاصب الماء في المعاطش ومحل عزته؛ ومتسلف في موضع غلائه على الشاذ المنصور.

وبقوله مع جراف إلى مسألة من اشترى صبرة جزافا على الكيل فالمثل تحريا لتوفيته ولا خيار لك؛ وأجنبي فالقيمة إن جهلت الملكية اهـ وإنما لزم

البائع مثلها تحريماً والأجنبي قيمتها لأنه لو التزم الأجنبي المثل لكان التفاضل بين الطعامين؛ وقيل لأن الغالب البيع على الملكية فلو ألزم القيمة لكان قد يربح، ومسألة الصبرة لا خصوصية لها بل وكل جزاف لأن الجراف مقوم كله طعاماً أو غيره اهـ واختلف إذا أتلّف المغصوب في الجزاف هل يقضى له بملكية أو وزن يتحقق أن الجزاف المستهلك لا يقصر عنها على قولين: الأول يمكن من ذلك لأن الأصل القضاء فيه بالمثل وإنما عدل عن ذلك للقيمة لامتناع الاطلاع على المماثلة في المكيل والوزن؛ فإذا طلب أقل من حقه لم يمنع من ذلك، والثاني أنه لا يمكن من ذلك لأن نفس الاستهلاك أو جب القيمة فليس للمغصوب منه تعيين هذا الحكم اهـ وقال المواق - في قول خليل "كأخذه بغير محله" - : الماء بين الشركاء يتسلف أحدهما حظ صاحبه في زمان الشتاء فيطالبه في الصيف فلا يقضى له به.

وقول الناظم وشبهه نقلاً أشار به إلى نحو قول المواق عن البرزلي في رجل تسلف فلوساً أو دراهم في البلاد المشرقية ثم جاء مع المقرض إلى بلاد المغرب فوقع الحكم بأنه يغرم قيمتها يوم الحكم اهـ وقال الفاكهاني: ومما يحكم فيه بالقيمة من ذوات الأمثال من فدى أسيراً بدار الحرب بقنطار قطن مثلاً فإنه يأخذ قيمته ببلد الإسلام؛ لأنه لو أخذ القطن ربما أضر بالمفتدي، وكذلك إذا وهب لغيره هبة ثواب مما يكال أو يوزن فيفوت فعليه قيمته؛ وهل له أن يعطيه مثله؟ قال ابن القاسم: ليس له؛ خلافاً لأشهب، وكذلك إذا كان لشريكين قنطار كتان فاقترض أحدهما منه نصفه فدخل شريكه فيما اقتضى وقلنا إنه يرجع الآخر بالنصف فقبضه منه فعليه أن يعطيه قيمة نصفه لشريكه؛ وأما من قال يرجعان جميعاً فلا تخرج هذه المسألة عن الأصل اهـ وقال ابن ناجي في نقل ابن يونس عن البرادعي وابن أبي زيد أن في سلف الغزل رد المثل بخلاف استهلاكه ففيه رد القيمة كما تقدم اهـ

من ذلك الجار ومن يحتكر	٢٩٥ لأكبر الضرين ينفى الأصغر
وفرس والشبه للسلطان	٢٩٦ وصاحب الماء أو الفدان
يجبر صاحب القليل للكثير	٢٩٧ وحكمان وسفينة أسير
كذاك سنور جرار أزيار	٢٩٨ كثور أو دجاجة أو دينار
لما يعم كعدا وما مضى	٢٩٩ وشبهها وأصل شرع القضا

اشتملت الأبيات على أصول ثلاثة: الأول إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر للأكبر، الثاني يجبر صاحب القليل للكثير، والثالث أصل الشريعة القضاء للعامة على الخاصة.

من الأصل الأول جار المسجد أو الطريق أو الساقية الخ، وقوله والشبه يعني كالجارية، وقوله وحكمان أي خلعهما، وقوله وسفينة أي في الرمي منها.

قال المواق - في قول خ أول البيوع "ومضى في جبر عامل" - : كما يجبر الإنسان على بيع ماله بحق عليه كذلك يجبر ذو ربح على بيعه لتوسيع مسجد الجمعة أفتى بذلك ابن رشد؛ وكذلك قال سحنون: يجبر ذو أرض تلاصق طريقا هدمها نهر ولا ممر للناس إلا فيها على بيع طريق منها لهم بثمن يدفعه الإمام من بيت المال، وكذلك أيضا ما في نوازل ابن رشد وابن الحاج أن رب العلق يجبر على بيعه لفداء مسلم قال من هو بيده لا أفديه إلا به، وكذلك أيضا الماء لمن به عطش ومن انهارت بئرته والمحتكر وساقية البلد والفدان في قرن الجبل لتخلص الناس من أجل وعره والفرس يطلبه السلطان إن لم يدفع له جبر الناس اهـ.

وقال المواق أيضا - في قول خ في الحبس "إلا لتوسيع مسجد" - : وعن عبد الملك لا بأس ببيع الدار المحبسة وغيرها؛ ويكره الناس السلطان على بيعها إذا احتاج الناس إليها لجامعهم الذي فيه الخطبة؛ وكذلك الطريق إليه لا إلى المساجد التي لا خطبة فيها؛ ولا الطرق التي في القبائل لأقوام، قال مطرف: وإذا كان النهر بجانب طريق عظمى في طرق المسلمين التي سلك عليها العامة فحفرها حتى قطعها فإن أهل تلك الأرض التي حولها يجبرون على بيع ما يوسع به الطريق اهـ. وقال في قوله ولو جبرا: ابن رشد اختلف متأخروا الشيوخ إن امتنعوا من البيع للمسجد فقال أكثرهم يؤخذ منهم

بالقيمة جبرا وهو الآتي على سماع ابن القاسم أنه لا يحكم عليهم بجعل الثمن في دار أخرى، ابن عرفة: في هذا نظر اهـ.

وقال المقرئ: وصاحب الفرس أو الجارية يطلبها سلطان فإن لم يفعل جبر الناس هكذا في الذخيرة؛ وفي الإجماع لابن حزم أن هذا لا يجبر إجماعا. وقال ابن ناجي بعد قوله في الرسالة: وما أفسدت الماشية من الزروع والحوائط في الليل فذلك على أرباب الماشية ولا شيء عليهم في فساد النهار، يقوم من كلام الشيوخ أن الثور إذا حصل قرناه في شجرة ولم يمكن خروجهما إلا بنشر قرنيه وبعض فروع الشجرة فإنه يفصل في ذلك بين الليل والنهار على ما أجاب به ابن الفخار في ثور دخل حائط رجل فاحتك إلى شجرة فدخل رأسه بين غصنين فيها ولم يقدر على إخراجه؛ فأجاب: إن كان الثور أدخل قرنيه ليلا قرضت قرونه وخلصت الشجرة؛ وإن كان أدخلها نهارا قطعت الشجرة وخلص الثور؛ لأن على أصحاب المواشي حفظها بالليل وعلى أهل الحوائط حفظها بالنهار. والذي وقفت عليه لابن عمران الصنهاجي في نظائره ارتكاب أخف الضررين بالبيع ونصه: من ذلك الثور إن وقع بين غصنين؛ أو دينار وقع في محبرة أو دجاجة لقطت فصا؛ فيجبر صاحب القليل منهما على البيع من صاحب الكثير لدفع الضرر، وكذلك وقفت على ما وجدت بخط ابن سهل عن ابن أبي زمنين أن الغصن يقطع ويؤدي رب الثور قيمته؛ ويحمل على أن قطع الغصن أخف ضررا لأنه الأغلب فيرجع به إلى وفاق اهـ وكذلك قال الداودي ينظر إلى الأقل منهما قيمة؛ فإن كان الثور أقل قيمة ذبح وإلا قطعت الأغصان وأعطى صاحبها القيمة.

وقال صاحب ضيح في فصل التناول: ولو كان في الدار جرار ونحوها فأراد البائع إخراجها فلم يسعها الباب؛ أو كان فيها بعير صغير فكبر ولم يخرج من الباب فقال ابن عبد الحكم: ليس على المبتاع قلع الباب ويذبح هذا بعيره ويكسر جزاره، ونزلت بإشبيلية فكتب بها إلى القيروان فقال أبو عمران: الاستحسان أن يهدم الباب ويبنيه البائع إن لم يبق بعد البناء عيب؛ وإن بقي بعده عيب ينقص قيل للمبتاع ادفع قيمة الجرار؛ فإن أبي قيل للبائع أنزله وأعطه قيمة العيب؛ فإن أبي تركا حتى يصطلحا، وقال أبو بكر بن عبد الرحمان: إن علم المبتاع بها ووقع الشراء على أنها للبائع لزمه إخراجها؛ وإن لم يعلم وكان الذي يهدم يسيرا هدمه وأصلحه.

قال البرزلي: وأفتى شيخنا الإمام في قط عمي وفرغت منفعتة بوجوب إطعامه وأن لا يقتل، وكذا ما أيس من منفعتة لكبر أو عيب، وكذا ذبح القطوط الصغار والحيوان الصغار لقلّة غذاء أمهاتها وإراحتها من ضعفها.

والصواب في ذلك كله عندي الجواز لارتكاب أخف الضررين لقوله صلى الله عليه وسلم: ((إذا التقى ضرران نفى الأصغر للأكبر)) اهـ. قال الحطاب: وقعت في بلدة بونة فأفتى فيها بالإجهاز عليها لإراحتها ونقله في العتبية اهـ. ومن هذا إذا رميت السفينة بالنار ففي المدونة لا بأس أن يطرحوا أنفسهم في البحر لأنهم فروا من موت إلى موت؛ ولم يره ربعة إلا لمن طمع في نجاة أو أمن فلا بأس وإن هلك فيه، وعن ربعة إن صبر فهو أكرم وإن اقتحم فقد غر ولا بأس به.

وقول الناظم: وأصل شرع القضا بما يعم كعدا وما مضى أي كذات عداء وهي البهيمة العادية للزرع فإنها تباع بموضع لا زرع فيه تتقى عليه، وكذلك سائر من يعدو فإنه ينفى. قال القلشاني: قال الباجي والحيوان الذي لا تستطاع حراسته كالنحل يضر بشجر القوم والدجاج الطائرة والإوز وشبهها؛ قال مطرف يمنع من اتخاذها لأن هذا طائر لا يستطاع الاحتراز منه كما يستطاع في الماشية، وقد قال مالك في الضارية: تغرب وتباع؛ وهذا أشد واختاره ابن حبيب. وقال ابن القاسم وأصبغ: النحل والحمام والدجاج كالماشية لا يمنع من اتخاذها وإن أضرت؛ وعلى أهل القرية حفظ زرعهم وشجرهم ومثله لابن كنانة، وقال ابن عرفة: كثيرا ما تقع هذه النازلة والصواب فيها الحكم بقول مطرف وابن حبيب وإن كان خلاف ابن القاسم؛ لأن منع أرباب الحيوان أخف ضررا من ضرر أرباب الزرع والثمار؛ لأنهم لا يتأتى لهم حفظها ولا نقل زرعهم وأشجارهم؛ وأرباب الحيوان يمكنهم قص دجاجهم وإوزهم والاستغناء عن عصافيرهم ونقل أجباحهم؛ وإذا تعارض ضرران ارتكب أخفهما؛ بعضهم يذكره أثرا وبعضهم يذكره حديثا وبعضهم يذكره حكما مجعما عليه اهـ. وقال ابن ناجي: قال في المدونة وإن كانت المواشي تعدو في زرع الناس فأرى أن تغرب وتباع في بلد لا زرع فيه إلا أن يحبسها أربابها عن الناس؛ يريد بعد البيان في البيع فإن لم يفعل فهو عيب قاله ابن يونس.

وقال بعض فضلاء أصحابنا: يؤخذ منها نفي من يضرب على الخطوط ونفي من يأخذ الحيوان بالعين؛ وفي الأدمي يسجن لأنه بالنفي تقل مفسدته؛ ولأنه يغرب من ذلك الموضع إذا اتصف بذلك، وقال ابن ناجي: والحق عندي سجن من ذكر لأن به تؤمن غائلته، وأما من يؤذي الناس بالغيبة فإن أدبه كاف في زجره؛ قال شيخنا أبو مهدي: وأفتى أبو عمر الإشبيلي أحمد بن عبد الملك بأنه يخرج من المسجد؛ قال ابن عبد البر: ما هذا وفي ضربه بالسوط كفاية؛ فقال الاقتداء بحديث النبي صلى الله عليه وسلم أولى وهو قوله: ((من أكل من هذه الشجرة فلا يقرب مسجدنا يؤذينا بريح الثوم)) اهـ.

ابن عرفة: وكانت القضاة ببلدنا ينفون من ظهر عليه الضرب على الخطوط بعد تأديبه بحسب اجتهادهم إلى بلاد المشرق؛ فتعقبوا عليهم في ذلك وقالوا أنتم فعلكم هذا كمن أراح نفسه من معتد في محله بإرساله إلى غيره من المسلمين؛ فأجابوهم بأن المنفي لا قدرة له على خطوط من وصل إليهم لعدم ممارسته خطوطهم اهـ. قال المازري: ينبغي أن يتجنب من عرف بإصابة العين ويحترز منه؛ وينبغي للإمام أن يمنعه من مداخله الناس وأن يلزم بيته؛ وإن كان فقيرا أجرى عليه رزقه ويكف أذاه عن الناس؛ وضرره أشد من ضرر أكل الثوم الذي منعه صلى الله عليه وسلم دخول المسجد ليلا يضر بالناس؛ ومن ضرر المجذوم الذي نهاه عمر عن مخالطة الناس؛ ومن ضرر المواشي العادية التي أمر بتغريبها اهـ وقول الناظم وما مضى عطف على قوله كعداء، والمراد به المسائل المذكورة قبل أنفا.

٣٠٠ أخف مكروهين أو حظرين إن لم يكن بد كفى ضررين

٣٠١ قدم كبقرة وعراة وكذا مضطر أو ما من نكاح أنفا

هذا أصل إذا تقابل مكروهان أو محظوران ولم يمكن الخروج عنهما وجب ارتكاب أخفهما كما يرتكب الأخف في تقابل الضررين ، قوله أخف مفعول قدم مقدم.

وذلك مثل ما ذهب إليه ابن القاسم من إباحة بقر بطن الميت أي شقها لإخراج المال الكثير؛ كما إذا ابتلع جوهرة تساوي مالا كثيرا ثم مات؛ خلافا لابن حبيب المانع من ذلك ولو كانت تساوي ألف دينار، وكما ذهب إليه أشهب وسحنون وأصبغ من إباحة البقر عن جنين ترجى حياته؛ وجعله عبد الوهاب تفسيرا لقول ابن القاسم المشهور أنه لا ييقر عن الجنين وأنه إنما قال ذلك فيما إذا لم تتيقن حياته. وفي خ: "وبقر عن مال كثير ولو بشاهد ويمين لا عن جنين وتؤولت أيضا على البقر إن رجي".

وأشار بقوله وعراة إلى مسألة العراة المصلين في الضوء ولم يمكنهم التفرق؛ فليل يصلون قياما غاضين أبصارهم وإمامهم وسطهم وهو مختار عبد الحق واستظهره ابن عبد السلام، وفي خ: "فإن عجز صلى عريانا فإن اجتمعوا بظلام فكالمتورين وإلا تفرقوا فإن لم يمكن صلوا قياما غاضين إمامهم وسطهم" وقيل يصلون جلوسا يومئون إلى الركوع والسجود.

وأشار بقوله وكذا مضطر إلى مسألة أكل المضطر ميتة الأدمي على القول به؛ وهو الذي صححه ابن عبد السلام خلاف المنصوص من المنع، وفي خ: "والنص عدم جواز أكله لمضطر وصحح أكله".

وبقوله أو ما كنعكاح أنفذا إلى تنفيذ المالكية ومن معهم خلافا لابن عبد الحكم وأبي مسلمة والمغيرة ورواية حمديس عن مالك واختيار ابن لبابة والشافعي وأكثر العلماء والأئمة نكاح الثاني في مسألة ذات الوليين بالدخول إن لم يعلم بالأول، وإلى تنفيذهم بالدخول أيضا ما فسد لصداقه بصداق المثل وما عقد بالولاية العامة مع أن الخاصة ليست بولاية إجبار بالدخول والطول وبكونه صوابا ونظرا، ويريد أيضا ما أنفذ من سوى النكاح كفوات البيع الفاسد بالقيمة.

قال المقرئ: ترجح المفسدة على المفسدة فيسقط اعتبارها ارتكابا لأخف الضررين عند تعذر الخروج عنها كإنفاذ المالكية إلا ابن عبد الحكم نكاح الثاني في مسألة ذات الوليين بالدخول؛ وكانفادهم به ما فسد لصداقه على صداق المثل وما عقد بالولاية العامة والخاصة ليست بولاية إجبار به وبالطول وكونه صوابا؛ أو ينتقل حكمها كفوات البيع الفاسد بالقيمة هذا أصل مالك وخالفه الشافعي فيه على الجملة اهـ.

وفي خ: "وإن أذنت لوليين فعقدا فلأول إن لم يتلذذ الثاني بلا علم"، وما فسد لصداقه أي يفسخ بالبناء وجوبا ويثبت بعده بصداق المثل " وصح بها في دنية مع خاص لم يجبر كشريفة دخل وطال" ، وقال في البيع الفاسد: "فإن فات مضى المختلف فيه بالثمن وإلا ضمن قيمته حينئذ ومثل المثلي" .

فصل:

٣٠٢	لا يسقط الوجوب بالنسيان	وفي ضعيف مدرك قولان
٣٠٣	في نجس نضح وترتيب علم	كقبلة تسمية فور نعم
٣٠٤	كفارة تسقط عن من لم يطا	وعنه شهر وبعذر أسقطا
٣٠٥	في طوع حج وصلاة وصيام	طواف قادم عكوف وائتمام
٣٠٥	وعمرة إذ لزم من شرعا	وفي ائتمام نظر قد سمعا

هذا أصل من أصولهم: الواجب لا يسقط بالنسيان إذا قوى مدركه اتفاقا وفي ضعيف المدرك قولان، قوله وفي ضعيف مدرك هو بالإضافة وفتح الميم والراء أي ضعيف المأخذ والدليل؛ أي ما ضعف مدركه من كتاب أو سنة أو إجماع؛ أي وفي سقوط وجوب ضعيف مدرك بالنسيان قولان، ودل كلام الناظم على أنه اعتمد القول بالسقوط بالنسيان لبنائه ما ذكر من الفروع عليه وهو مشهور المذهب.

فقوله في نجس بدل من ضعيف مدرك أو متعلق بعلم؛ أي علم سقوط أو وجوب في غسل ونضحه وترتيب الصلاتين فائنتين أو حاضرتين؛ لكنه شرط في الحاضرتين دون الفائنتين، وفي خ: "هل إزالة النجاسة عن ثوب وصل ولو طرف عمامته وبدنه ومكانه لا طرف حصيره سنة أو واجبة إن ذكر وقدر وإلا أعاد الظهريين للاصفرار خلاف" "وإن شك في إصابتها لثوب وجب نضحه وإن ترك أعاد الصلاة كالغسل" أي يعيد في الوقت إن كان ناسيا وأبدا إن كان عامدا؛ كما لو ترك غسل النجاسة وهذا قول ابن القاسم ومن معه، "وجب قضاء فائنة مطلقا ومع ذكر ترتيب حاضرتين شرطا والفوائت في أنفسها ويسيرها مع حاضرة"، وفي القبلة: "وهل يعيد الناسي أبدا خلاف" يشير إلى ما ذهب إليه ابن يونس وحكي عن المغيرة وسحنون من الإعادة أبدا وجعله ابن رشد الأصح، وإلى ما نقله في البيان عن ابن الماجشون وابن حبيب من الإعادة في الوقت قال وهو المشهور، وفي التسمية في الزكاة: "ووجب نيتها وتسمية إن ذكر"، وفي الفور في الوضوء وهو الموالية: "وهل الموالية واجبة إن ذكر وقدر وبني بنية إن نسي مطلقا وإن عجز ما لم يطل بجفاف أعضاء بزمن اعتدلا أو سنة خلاف"

وقول الناظم نعم كفارة تسقط عن من لم يطا بإبدال الهمزة ألفا؛ أي نعم تسقط الكفارة عن الناسي المفطر في نهار رمضان بغير الوطء كالأكل والشرب نسيانا، وقوله وعنه شهر أي وشهر عن الناسي المجامع سقوطها؛ ومقابل المشهور قول ابن الماجشون أن الكفارة تجب في نسيان الجماع وإكراهه، وفي خ: "وكفر إن تعمد بلا تأويل قريب وجهل أو أكل أو شرب بغم فقط في رمضان فقط جماعا أو رفع نية نهارا" قال بهرام: وهذا مبني على أن الجماع نسيانا لا يوجب الكفارة وهو المشهور قاله في المدونة، وعن مالك أنه يوجبها وقاله عبد الملك.

وقول الناظم وبعدر أسقطا الخ أي أسقط القضاء في طوع الحج وما بعده بسبب العذر؛ على معنى أنه إن قطع شيئا منها لعذر كالغلبة والنسيان فلا قضاء؛ وإلا وجب عليه لأنها لازمة بالشروع بخلاف غيرها من التطوعات فلا تجب بالشروع؛ كغسل الجمعة ووضوء التجديد فله أن يقطعه بعد الشروع فيه، وكذلك الوقف كبناء قناطر والسقايات وحفر الآبار ونحوها فلا يلزم إتمام بنائها بالشروع بل يجوز القطع، فقوله إذ لزم من شرعا أي فيها هو علة المفهوم من قوله وبعدر أسقطا؛ إذ مفهومه يجب القضاء حيث لا عذر، وتقييد الطواف بقادم احترازا عن طواف الإفاضة الذي هو ركن من أركان الحج فيرجع إليه ناسيه من بلده ولا ينجبر بالدم؛ وإلا فسائر الأطواف التطوعية هي كطواف القدوم في هذا الحكم من باب أولى. قال في ضيح - بعد قول جب ومن قطع نافلة عمدا لزمه إعادتها بخلاف المغلوب -: فائدة هذه إحدى الأشياء السبعة التي تلزم بالشروع فيها وهي الصلاة والصوم والاعتكاف والحج والعمرة والطواف والائتمام؛ ونظمها بعضهم فقال:

صلاة وصوم ثم حج وعمرة يليها طواف واعتكاف وائتمام

يعيدهم من كان للقطع عامدا فعودهم فرض عليه وإلزام

وانظر ما ذكر من لزوم الإعادة في الائتمام فإن الظاهر عدم لزومه اهـ وإلى هذا النظم أشار الناظم بقوله وفي ائتمام نظر قد سمعا أي قبل؛ بمعنى أن استشكله ظاهر مسلم، قال الشارح: والإشكال على تفسير القلشاني أن المراد بطلان الصلاة؛ فإنه قال: وقد كنت نظمت هذه المسائل بقولي:

صلاة وصوم ثم حج وعمرة طواف عكوف وائتمام تكمّل

إذا قطعت عمدا بغير ضرورة أعيدت لزوما كيف كان المحصل

خليل حكى ذا القول في شرحه الذي يحق لذي لب عليه يعول

ثم قال: أعني أن صلاة التطوع وصومه . . . إلى أن قال: ومن ائتم في فريضة لا يجوز لمن تلبس بشيء من ذلك قطعه لغير ضرورة وتلزم الإعادة فيه إلا مع الغلبة، ومثاله بين في الستة الأول؛ ومثال السابع أن يقتدي في فرض بإمام ثم يريد الانتقال إلى الانفراد لم يصح ولو فعل لبطلت صلاته؛ وأما مع الغلبة مثل أن يغلب إمامه الحدث فله أن يكمل صلاته منفردا إلا في الجمعة لأن شرطها الجماعة، ولعل تنظير خليل في هذه علته أنه فهم من لزوم الإعادة أنه يعيد الصلاة مؤتما وليس ذلك بلازم. قال بهرام: هكذا وجدت البيتين في ضيح ولا يصح وزن الأول وفي الثاني استعمال ضمير الهاء والميم لما لا يعقل من غير تأويل، وأسبك منهما وأفيد قول ابن عرفة:

صلاة وصوم ثم حج وعمرة طواف عكوف وائتمام تحتما
وفي غيرها كالوقف والطهر خيرون فمن شاء فليقطع ومن شاء تمما

٣٠٧ الشك في المانع لا يؤثر في كطلاق وعناق يذكر

٣٠٨ وعكسه الشرط كموقن إذا في حدث شك وشبه احتذا

هذان أصلان: الأول الشك في المانع لا يؤثر، والثاني الشك في الشرط يؤثر أي يوجب الشك في المشروط. مثل للأول بمن شك أطلق أم لا أو شك في الحنث بالطلاق أو شك في عدد الطلاق، جب: إذا شك أطلق أم لا من غير أن يستند إلى أصل لم يؤثر؛ ضيح: حكى في البيان وعياض الاتفاق على عدم الجبر على الطلاق في هذه الصورة؛ وحكى التونسي في حنثه قولين اهـ قال في البيان: الشك في الطلاق على خمسة أوجه: وجه لا يجبر فيه على الطلاق ولا يؤمر به بالاتفاق وهو أن يحلف على رجل أن لا يفعل كذا ثم شك هل فعل أم لا لغير سبب قام به عنده. ووجه لا يجبر فيه على الطلاق ويؤمر به بالاتفاق وهو أن يحلف أن لا يفعل فعلا ثم شك هل فعل أم لا لغير سبب قام عنده. ووجه لا يجبر فيه على الطلاق واختلف هل يؤمر به أم لا وهو أن يشك هل طلق أم لا وهل حلف وحنث أم لم يحلف؛ فقال ابن القاسم لا يؤمر بالطلاق؛ وقال أصبغ يؤمر. ووجه اختلف فيه هل يجبر على الطلاق أم لا وهو أن يشك في عدد الطلاق؛ ومن هذا الوجه إذا قال لزوجته أنت طالق إذا كانت فلانة حائضا؛ أو حلف لتصدقته فقالت له صدقتك؛ أو

قال لها إن كنت تبغضيني فقالت لا أبغضك. ووجه يجبر على الطلاق بالاتفاق فهو أن يقول إن كان أمس كذا فأنت طالق لفعل يمكن أن يكون ويمكن أن لا يكون وقد عمي خبره، وكذا إذا طلق إحدى نسائه ولم يعينها أو عينها ونسيها اهـ.

فالوجه الثاني الذي حكى فيه الاتفاق على أنه يؤمر ولا يجبر هو الذي ذكره جب أن المشهور فيه الحنث؛ ففي هذا الوجه ثلاث طرق: طريقة أبي عمران وهي طريقة جب أن المشهور الحنث، وطريقة أبي محمد واللخمي أن المشهور عدم الحنث، وطريقة صاحب البيان اهـ وقال في خ: " وأمر بالفراق في إن كنت تحبيني أو تبغضيني وبالأيمان المشكوك فيها ولا يؤمر إن شك هل طلق أم لا إلا أن يستند وهو سالم الخاطر كرؤية شخص داخلا شك في كونه المحلوف عليه وهل يجبر تأويلان"، وفي مختصر ابن أبي زيد: إن قال لعبده أنت حر إن دخلت الدار أو كنت دخلتها فقال العبد قد دخلتها أمر بالعنق فيما بينه وبين الله ولم يجبر، وكذلك إن قال أنت حر إن كنت تبغضني فقال العبد أنا أحبك؛ أو قال إن يبغضني فلان فقال فلان أنا أحبك فإنه ينبغي له أن يعتقه إذ لا يدري أصدق أم لا ولا يقضى عليه. قال في المجموعة: وكذلك إن قال العبد أنا أبغضك؛ والأول أشد في الحنث كأنه كره أن يخرج من يده اهـ.

وقول الناظم كموقن شك فهو مثال للأصل الثاني الذي أشار إليه بقوله وعكسه الشرط فالشك فيه لا يؤثر؛ أي كمن أيقن أنه على طهارة إذا شك في حدث أي هل أحدث بعد الوضوء – يريد إن لم يكن مستكحاً – فإنه يجب عليه الوضوء لأنه شك في الشرط، ولا يجوز له الدخول إلا بعد أن يتوضأ. وفي خ: "وبشك في حدث بعد طهر علم إلا المستكح" الخطاب: هذا إذا شك قبل الصلاة؛ وأما إذا صلى ثم شك هل أحدث أم لا ففيه قولان، وقال سند: الشك في الحدث له صورتان: إحداها أن يتخيل له الشيء فلا يدري ما حقيقته أهو حدث أم لا؟ والأخرى أن يشك هل بال أو تغوط وشبهه؟ أما الأول فالمذهب أنه يتوضأ وهل ذلك واجب أم لا؟ ظاهر الكتاب أنه واجب، وقال ابن القصار: روى ابن وهب عن مالك أحب إلي أن يتوضأ، وأما الذي يتخيل له الشيء لا يدري هل هو حدث أم غيره فظاهر المذهب أنه لا شيء عليه وقد نص على ذلك ابن حبيب، وقال مالك: ما سمعت من أعاد الوضوء من مثل هذا وإذا فعل هذا تمادى به أي تأخذه الوسوسة، قال اللخمي: وقد قيل لا فرق بين الصورتين؛ فأحد القولين في الصورة الثانية على ذكر اللخمي هو مستند ما للناظم في إطلاقه.

٣٠٩ الخرج بالضمان أصل ما ورد في مستحق شفعة بيع فسد

٣١٠ رد بعيب فلس بما رمز بجيز من كلم تج شسي عفز

هذا أصل من أصول المذهب وهو الخرج بالضمان؛ يقال الخراج بالمد وقد جاء القرآن بهما قال تعالى: ((أم تسألهم خرّجا فخراّج ربك خير)) على قراءة نافع، وموافقه أي الغلة بسبب الضمان قد ورد ذلك في هذه المسائل التي يذكر؛ بخلاف العاصب مثلا فإنه مع كونه ضامنا يرد الغلة على مشهور المذهب اهـ.

قال في ضيح: المشتري لا يرد الغلة بخلاف النتاج في خمسة مواضع: في الرد بالعيب والبيع الفاسد والاستحقاق والشفعة والتفليس اهـ. وإليها أشار في خ بقوله: "والغلة له بالفسخ ولم ترد بخلاف الولد وثمرّة أبرت وصوف تم كشفة واستحقاق وتفليس وفساد" قال في ضيح أيضا: وهذا إذا فارقت الثمرة الأصول؛ أما إن لم تفارق فالمشهور أنها لا ترد مع أصولها إذا أزهدت ولم تجذ ولا يبست في الرد في العيب وفي البيع الفاسد، وأما الشفعة والاستحقاق فترد وإن أزهدت ما لم تيبس فإذا يبست لم يجب ردها، وفي التفليس ترد ولو يبست ما لم يجذها؛ وقيل في هذه المسائل الإبار فوت. المازري: كان بعض أشياخي يرى أنه لا فرق بين هذه المسائل وأنه يخرج في كل واحدة منها ما هو منصوص في الأخرى اهـ.

أشار الناظم بقوله بما رمز بجيز الخ إلى بيان المحال التي لا ترد فيها الغلة في المسائل الخمس؛ فقوله بما رمز بدل من قوله في مستحق وما عطف عليه والباء فيه ظرفية، والباء في بجيز يتعلق برمز، وقوله من كلم حال من جيز وهو مضاف لما بعده، والجيم للجذاذ والياء للييس والزاي للزهو ثم التاء من تج للتفليس والجيم للجذاذ فالمشهور أنها لا تكون للمشتري في التفليس إلا بالجذاذ، ثم الشين والسين من شيس للشفعة والاستحقاق فالفوات فيهما باليبس المرموز له بالياء منه، ثم العين والفاء من عفز للرد بالعيب والبيع الفاسد والزاي للزهو فالمشهور أنها لا ترد مع أصولها إذا أزهدت ولم تيبس في الرد بالعيب والبيع الفاسد، وقال ابن غازي:

الخرج بالضمان في التفليس والعيب عن جهل وعن تدليس

وفاسد وشفعة ومستحق ذي عوض ولو كوقف في الأحق

والجذ في الثمار فيها انتقيا بضبطه تجد عفزا شسيا

قال: أدخلت الكاف من قولنا كوقف الاستحقاق بالحرية، ومعنى في الأحق تلويح بقول المغيرة ومن وافقه، ومعنى انتقيا اختيار وهو مبني لما لم يسم فاعله، والتاء من تجد للتفليس والجيم وحدها أو مع الذال للجد والعين والفاء من عفز للرد بالعيب والعيب الفاسد والزاي للزهو والشين والسين من شسيا للشفعة والاستحقاق والياء لليبس، واختصرتها أيضا في بيت من المجتث فقلت:

ضمن بخرج وفيا تجز عفزا شسيا
وسبقنا إلى هذه الرموز الوانغوي فنحن مسبقون فيها اه وقال:

الفائزون بغلة هم خمسة لا يطلبون بها على الإطلاق

من رد في عيب وبيع فاسد مع شفعة فلس مع استحقاق

فالأولان بزهوها فازا بها الجد في فلس ويبس الباقي

٣١١ والربح تابع لمال ما عدا غصبا وديعة وتفليسا بدا

من أصولهم: الربح تابع للمال فيكون ملكا لمن له المال الأصل إلا في ثلاثة مواضع: الموضع الأول الغاصب يتجر في المال المغصوب فالربح له والمال الأصل للمغصوب منه؛ قال اللخمي: اختلف في ربح الغاصب على ثلاثة أقوال: فقيل له سواء كان موسرا أم لا قاله مالك وابن القاسم، وقيل له إن كان موسرا قاله ابن حبيب وابن مسلمة في الولي يتجر في مال يتيمه لنفسه؛ قال اللخمي: ويرد بأن الغصب أشد، وقيل للمغصوب منه بقدر ما ربح منه في ذلك المال لو بقي في يده وما زاد عليه للغاصب؛ ذكره ابن سحنون فيمن شهد بدين حال أن صاحبه أخرج الغريم به سنة ثم رجع عن الشهادة بعد محل الأجل والدين عين أو شيء مما يكال أو يوزن اه.

الموضع الثاني: المودع يتجر في الوديعة فإن الربح له دون رب الوديعة؛ ففي الموطأ: قال مالك وإذا استودع الرجل مالا فابتاع به لنفسه وربح فيه فإن ذلك الربح له لأنه ضامن للمال حتى يؤديه لصاحبه، أبو عمرو: وهذا قول الليث وأبو يوسف لأنه إذا رد المال طاب له الربح غاصبا كان للمال أو مستودعا عنده وتعدى فيه، الباجي: قوله فإن ذلك الربح له يريد إن كانت الوديعة عينا؛ وهذا مبني عندي على أن الدنانير والدرهم لا تتعين بالغصب؛ ولذلك قال: فإن كانت الوديعة طعاما فباعه بثمن فإن صاحبه مخير بين إمضاء وأخذ الثمن أو يضمه مثل طعامه، ووجه ذلك أن هذا مما يتعين بالصفة، ويتعلق بذلك معنى آخر وهو أن المودع لم يبطل على

المودع غرضه من الدنانير والدرهم لأنه إنما أمره بحفظها؛ ولو كانت بضاعة أمره أن يشتري بها سلعة معينة أو غير معينة فاشترى سلعة لنفسه فإن صاحب البضاعة مخير بين أن يضمه مثل بضاعته أو يأخذ مثل ما اشترى بها؛ ووجه ذلك أنه قد رام أن يبطل عليه غرضه من بضاعته ويستأثر بربحها فلم يكن له ذلك اهـ وفي مسألة الوديعة يقول في خ: "كالتجارة والربح له".

الموضع الثالث: المفلس يوقف ماله فيتجر فيه فالربح له والمال للغرماء؛ وهذا مبني على القول بأن المال إذا تلف كان ضمانه من الغرماء لا من المفلس، وأما على القول بأنه منه فالمسألة باقية على أصل القاعدة من تبعية الربح للمال، قال ابن الحاجب: إذا تلف مال المفلس فثالثها إن كان عرضا فمعه وإن كان عينا فمعه؛ ورابعها إن كان مفلسا فمعه وإن كان ميتا فمعه، فقال صاحب ضيخ: قوله المفلس يريد أو الميت؛ ودل على حذف المضاف هذا المعطوف تفصيله في القول الرابع بين المفلس والميت فإن تفصيله في هذا القول يدل على أن هذه الأقوال الثلاثة المتقدمة عامة؛ ويحتمل أن يكون أطلق المفلس على الحي والميت، وذكر المصنف أربعة أقوال:

الأول أن ضمانه من المفلس حتى يصل إلى الغرماء عينا كان أو عرضا ورواه أشهب عن مالك وبه قال ابن عبد الحكم واختاره اللخمي، ابن عبد السلام: لأن ذلك المال ماله فيبقى ضمانه منه حتى يتحقق الناقل ولا ناقل له سوى ما تعلق به من حق الغرماء وتعلق حقهم بتلك العين أو العرض تعلق عام؛ وحق المديان تعلق بأعيانها، ومثل هذا من التعارض يوجب رجحان الإضافة للمديان؛ ولأن من حق الغرماء التوفية في الكيل والوزن؛ فما كان قبل ذلك فهو في ضمانه حتى يوفي لهم.

الثاني أن ضمان ذلك من الغرماء من حضر منهم ومن غاب ومن علم منهم ومن لم يعلم كان دينه عينا أو غيره؛ رواه ابن الماجشون عن مالك وقال به هو وابن المواز.

الثالث إن كان مال المفلس عرضا فضمانه منه؛ وقيده بما إذا كان العرض مخالفا لدينهم بأن تكون دينوهم عينا أو عرضا مخالفا؛ وأما إن كانت مماثلة فمصيبتها منهم لأنهم يتحاصون فيها ولا يحتاجون إلى بيعها؛ وأبقاه المازري وغيره على إطلاقه ورأوا أن الديون وإن كانت عروضاً فإنما يستحق الغرماء الضرب بقيمتها من العين، وعورض ابن القاسم في قوله إن ضمان العين من الغرماء بأن المفلس لو اشترى منها السلعة بعد الإيقاف كان كماله؛ ولما عورض بهذا سكت، وأجاب المازري بأنه متعدد في

الصرف؛ ومن تعدى على دنانير ودرهم يتجر بها فربحها له؛ قال: ولعله سكت استتقالا للمعارضة التي هي المناقضة.

وتصور القول الرابع من كلام المصنف ظاهر وهو لأصبع.

وزاد المازري والمتيبي خامسا: أن مصيبة الدنانير ممن له الدنانير ومصيبة الدراهم ممن له الدراهم وعزي للمغيرة. ابن عبد السلام: وقول ابن القاسم على نقله في المقدمات قريب منه لقوله بعد ذكر قول ابن القاسم؛ فتحصيل مذهبه أن ما يحتاج إلى بيعه فزمانه من الغريم لأنه إنما يباع على ملكه؛ وما لا يحتاج إلى بيعه فزمانه من الغرماء اهـ وهذه الأقوال إذا كان الوقف على يد حاكم ولو تولى ذلك الغرماء والورثة لكان ذلك من المديان انتهى كلام ضيح.

وقال في خ: "وإن تلف نصيب غائب عزل فممنه كعين وقفت لغرمائه لا عرض وهل إلا أن يكون كدينه تأويلان".

وإن حمل قول الناظم وتقليسا على مسألة تفليس المدونة: إذا حبس الغريم لبعض أرباب الديون ليفلس وقسم ماله فمن أراد أخذ منابه أخذه ومن أبقاه فليس لأخذ منباه فيه شيء إلا في ربحه فيضرب فيه بما بقي الخ قال المنجور: هذا الحمل أقرب أو متعين؛ وقد قال بعض أصحاب النظائر: الأرباح تابعة للأصول إلا في ثلاثة مسائل في المدونة؛ فمن ذلك قوله في التفليس وإذا أراد واحد من الغرماء تفليس الغريم وحبسه وقال الباقر ندعه يسعى حبس لمن أراد حبسه إن تبين له لده؛ ثم إن شاء الآخرون محاسبة القائم فيما له فذلك لهم؛ ثم لهم قبض منابهم أو أبقاه بيده أي بعد صيرورته لهم مخيرون بين أخذه وتركه بيد المفلس؛ وإن أقروه في يده لم يكن للقائم أن يأخذ منه شيئا في بقية دينه إلا أن يستريح منه ربحا أو يفيد فائدة من غيره فيضرب في الربح أو الفائدة بما بقي له وهؤلاء بما بقي لهم بعد الذي ألفوا بيده؛ أي بعد أخذ الذي بيده الذي هو رأس المال المتروك عنده أولا مما صار لهم في المحاسبة؛ لأنهم فيما ردوه إليه كمن عامله بعد التفليس فيكون من عامله أخرى أولى بما في يده بقدر ما دأينوه ثم يتحاصون مع القائم في الربح أو الفائدة كما وصفنا. وفي مسألة المدونة المال المتجدد بعد التفليس بمعاملة غرماء آخرين ليس للغرماء الأولين الذين فلسوه فيه شيء إلا في ربحه، ابن عرفة: وقوله من عامله بعد تفليسه أحق بما في يده من متقدم غرمائه في قدر ما عامله به إلا فيما أفاد من ربح أو غيره يفسر قول ابن شأس المال المتجدد يحتاج لحجر ثان.

٣١٢	والعرض إن بيع بعرض فاستحق	رد بعينه وإن فات يحق
٣١٣	قيمته إلا بخلع ونكاح	مكاتب مقاطع عمرى اصطلاح
٣١٤	فقيمة العوض زاد اليلزوي	منها مساقاة قراضا وروي
٣١٥	فرسها منها عياض الكثير	عليه والقل بتأويل يصير

ومن أصولهم: أن من باع عرضا بعرض فاستحق أحدهما رجع المستحق من يده في عين شئيه إن كان قائما أو قيمته إن كان فائتا إلا في سبع مسائل أو عشر فإنه يرجع عند الفوات بقيمة ما استحق من يده لا في قيمة شئيه: من خالغ بعبد مثلا فاستحق لزمه الخلع ويرجع بقيمته، ومن نكح بعبد مثلا بعينه فاستحق، أو صالح عن دم عمد على عبد، أو صالح على الإنكار. فقوله إصلاح يشمل الصلح على دم العمد والصلح على الإنكار حيث يرتكب الأرحح عند ابن يونس، وقوله فقيمة العوض خبر مبتدأ محذوف أي فالمردود فيها قيمة العوض؛ والقاعدة فيها إذا استحق عوض ما لا ثمن له معلوم فيرجع فيه بقيمة العوض لا المعوض عنه من النكاح و صلح على دم عمد و صلح على الإنكار وقطاعة مكاتب وعتق العبد على عوض و ثمن العمرى و ثمن الخلع اهـ جب: ولو خالغها على عبد فاستحق لزمه الخلع، ضيح: ورجع بقيمته على المشهور ولم يرجع بخلع المثل لأنه لم يدخل عليه؛ وحكى ابن عبد السلام عن ابن عبد الحكم أنه يرجع بخلع المثل، وهي سبع مسائل يرجع فيها بقيمة العبد مثلا: هذه؛ ومن نكح بعبد بعينه فاستحق؛ أو صالح عن دم عمد على عبد؛ أو باع السيد عبده من نفسه بعبد لعبده معين؛ أو باع السيد قطاعة مكاتب له بعبد؛ أو كان عوضا من عمرى؛ أو صالح على الإنكار اهـ.

وفي خ في فصل الاستحقاق: "وإن صالح فاستحق ما بيد مدعيه رجع في مقربه لم يفت وإلا ففي عوضه كالإنكار على الأرحح لا إلى الخصومة" ثم قال بعده: "وفي عرض بعرض ما يخرج منه أو قيمته إلا نكاحا وخلعا و صلح عمد ومقاطعا به من عبد أو مكاتب أو عمرى"، وقال ابن غازي - بعد قوله في الإرش العوض في الرد بالعيب والاستحقاق والشفعة - قال: وقد كنا جمعناها في بيت وهو :

صلحان عتقان وبضعان — عمرى لأرش عوض بها ارجعا

زاده ميارة بيتا فقال:

في الرد بالعيب والاستحقاق وشفعة فاعلم بلا شقاق

فتحصل إحدى وعشرون مسألة من ضرب ثلاثة في سبعة، والمراد بالشفعة أي كأن المدفوع مما يشفع فيه اهـ فقول الناظم فاستحق لا مفهوم له عن الرد بالعيب والشفعة.

وزاد الشيخ أبو الحسن الصغير على هذه السبع ثلاث مسائل: المساقاة والقراض ومسألة الفرس في الاستحقاق؛ ولذا قال الناظم زاد اليلزوي منها مساقاة قراضا وروي فرسها منها؛ والمراد باليلزوي أبو الحسن الصغير لأنه من بني يلزوى، والمقيد منها مساقاة قراض وجدوها فرسها منها، والمراد بالمقيد صاحب التقييد على المدونة وهو الشيخ أبو الحسن المذكور لأن شرحه للمدونة يسمى بالتقييد لكونه من تقييد تلامذته عنه كالصرصري والقروي واليحمدي وابن أبي يحيى رحمهم الله تعالى؛ وبزيادة هذه المسائل الثلاث تكون المستثنيات التي يرجع فيها إلى قيمة العوض عشرا، وقوله عياض الكثير عليه الخ أي قال عياض: الكثير من المختصرين والشارحين على أنها من النظائر المستثنيات؛ وغير الكثير كابن المواز وحمديس وغيرهما على تأويل آخر وهم فيه على بصيرة.

أما مسألتا القراض والمساقاة فهما إذا أخذ العامل المال أو المساقى الحائط على جزء ودفعاه لمن يعمل فيه بأكثر كما إذا أخذ على النصف ودفعا على الثلثين؛ فإن رب المال أحق بما شرطه وهو النصف على قول مالك وابن القاسم وهو مذهب المدونة؛ ويرجع الثاني ببقية شرطه وهو السدس على العامل الأول؛ وكذلك رب الحائط أحق بنصف الثمرة ويرجع المساقى الثاني بسدس الثمرة سواء كان الربح عينا أو عرضا، وكان الأصل أن يرجع كل منهما بربح قيمة عمله؛ إذ القاعدة أن من باع عرضا بعرض واستحق أحدهما وفات أن يرجع المستحق من يده في قيمة شبيهه أو مثله وهو المعوض؛ وهنا رجع في قيمة العرض فيلحق هذا بالمستثنيات من هذا الأصل، وهذا على المشهور أن رب المال أو الحائط يكون أحق بما اشترطه، وأما على قول أشهب أن العامل الثاني أحق ورب المال هو الراجع على العامل الأول بما فوت عليه من الربح بشرطه للعامل الثاني أكثر مما شرطه لنفسه وليس ذلك من هذا الوادي، وكذلك على القول بأنه يرجع بقيمته فهو على الأصل، ابن يونس: ولمالك في الموازية إذا أخذه على النصف ودفعه على الثلثين إلى غيره وربه عالم بذلك فربه أولى بنصف الثمرة ويرجع الثاني على الأول بفضل ما بقي له، وكذلك في العتبية عن مالك: ولا بأس أن يدفعه مساقاة لرب الحائط بأقل مما أخذه إذا لم تظهر الثمرة؛ ولا يجوز بملكية مسماة ولا بتمر نخل معروفة ولا بشيء غير

الثمرة ولا بأكثر مما أخذ؛ ويصير العامل يحتاج أن يزيد من ثمر حائط آخر، ابن يونس: وأجاز دفعه إلى غير رب الحائط بأكثر مما أخذه فإذا جاز ذلك مع غير ربه وهو إنما يدفع ما بقي من غير الثمرة التي في الحائط يجوز مع ربه لا فرق بينهما؛ إما أن يجوز فيهما أو يمنع وهذا أبين، ويحتمل أن يفرق بأن رب الحائط عالم أنه يعطيه الزيادة من حائط آخر لأنه عالم بمساقاته والأجنبي غير عالم ولو علم يجوز فيهما اهـ. فعلى القول بجواز المساقاة فليل يرجع العامل الثاني على الأول بسدس الثمرة كالنكاح بعرض يستحق، وقيل يرجع بأجرة مثله على قاعدة البيوع فهي طرفان وواسطة؛ النكاح بعرض في طرف والبيع في طرف والواسطة مسألة المساقاة رخصة وتوسعة.

وأما مسألة الفرس فهي من أسلم ثوبين في فرس موصوف فاستحق الأدنى من الثوبين كان عليه قيمة ما استحق وثبت السلم؛ وكان الأصل أن يكون عليه حصة ما استحق من قيمة الفرس على قول ابن القاسم الذي يراعي ضرر الشركة؛ فضرر الشركة يصير شيوه فائتا على قول ابن القاسم فيرجع في قيمته؛ وعلى قول أشهب لا فوات فيرجع في عينه لكنه يرجع إلى ما في المدونة بقيمة العرض المستحق من يده، قال في المدونة: من أسلم ثوبين في فرس موصوف فاستحق أحدهما فإن كان وجه الثوبين بطل السلم وإن كان الأدنى كان عليه قيمة ما استحق وثبت السلم؛ وهذا وما بيع يدا بيد سواء ما يفسخ يدا بيد يفسخ في السلم اهـ. قوله ما استحق حمله عياض على ظاهرها أن معناه يرجع بقيمة الثوب المستحق من يده، عياض: وعليه حمله أكثر المختصرين والشارحين؛ وحمله آخرون على أن معناه حصة ذلك من قيمة الفرس إلى أجله وهو ابن المواز. ابن يونس: يريد إذا كان الثوب الربع أعطاه ربع قيمة الفرس نقدا على أن يقبض الفرس إلى أجله، ورجحه عبد الحق، واستدل ابن المواز بالنظير لأنه قال هذا وما بيع يدا بيد سواء فكان يساوي بين ذلك في تشبيهه، وحمله عياض على أنه أراد بقيمة الثوب المستحق وهذا لا يصح؛ وإنما يستعمل قيمة المستحق في مثل دم العمد والخلع والنكاح ونحو ذلك مما لا ثمن له معلوم، وحمله حمديس على أنه ينتقض من السلم بقدر ما استحق فيكون بذلك في الفرس ربه شريكا وإليه ذهب سحنون، قال بعضهم: هذا على قول أشهب لا على قول ابن القاسم الذي يراعي ضرر الشركة.

٣١٦	ومثبت أولى من الذي نفى	في الجرح والقتل بلوغ عرفا
٣١٧	كعقل من أوصى وإيحاء كذا	في كالموازن وشبه احتذى
٣١٨	وقيل في البعض بأعدل كما	في سـفـه

هذا من أصولهم: من أثبت أولى ممن نفى في نظائر ذكر منها الناظم الجرح وما معه، قال أبو عمران في نظائره: إذا عدلا رجلا وجرحه آخرون فقول من أثبت التجريح أولى ممن نفاه، وقيل يقضى بأعدل البيئتين، وقال عمر بن عبد العزيز: معاذ الله أن يكون التجريح أولى من التعديل.

ومن ذلك إذا شهد الشهود بأن فلانا قتل فلانا يوم كذا وكذا وشهد آخرون بأنه كان معنا في ذلك الوقت؛ فقول أن من أثبت القتل أولى ممن نفاه، وقال القاضي إسماعيل: شهادة القتل ساقطة، وأما إذا شهد شهود على وصية بأن فلانا قتل يوم كذا وشهد آخرون أنه كان معنا ذلك اليوم في موضع كذا لا يوصل إلى ذلك الموضع فهاهنا الوصية ساقطة؛ بخلاف إذا شهدوا بأنهم عاينوا قتله وشهد آخرون أنه كان معنا أن الشهادة عند مالك أولى من القتل لضعف الوصية.

ومن ذلك إذا شهد الشهود على اليتيمة أنها تزوجت قبل البلوغ وشهد آخرون على أنها بعد البلوغ فقول تكاذب، وقيل من أثبت البلوغ أولى ممن نفاه. ومن ذلك إذا شهد شهود أن الميت أوصى وهو صحيح العقل وشهد آخرون بأنه مختل العقل؛ فقول إن من أثبت العقل أولى ممن نفاه. وكذلك تعارض الموازين في الزكاة مثل أن تجب الزكاة بميزان وتسقط بميزان آخر؛ فالذي أثبت الزكاة أولى ممن نفاه؛ وقيل يقضيها بأعدل البيئتين. ومن ذلك إذا شهد الشهود بأن فلانا أقر لرجل بحضرتنا وقال آخرون ما أقر بشيء حتى مات فقول من أثبت الإقرار أولى ممن نفاه اهـ.

وقول الناظم وإيحاء كذا هي إذا شهد الشهود على قول الميت وهي تدمية؛ قال أبو الحسن الصغير في شرح المدونة: لو كان هذا المدعى عليه مع شهوده ببلد ناء في اليوم الذي قتل المدمي لا يرى أن يبلغ المتهم من ذلك الموضع إلى الموضع الذي قتل فيه المدمي في ليلته ويرجع؛ قال ابن رشد: لا اختلاف في سقوطها بالشهادة للمدعى عليه بأنه كان في ذلك اليوم في غير ذلك البلد، ثم قال: وأما الذي تقوم عليه البينة بالقتل أو معاينة الضرب فالمشهور في المذهب أن ذلك أعمل من شهادة من شهد له بأنه كان في ذلك اليوم في غير ذلك البلد؛ وهو قول ابن الماجشون وسحنون وأصبغ، وذهب

القاضي إلى أن الشهادة تبطل بذلك وهو قول ابن عبد الحكم؛ يريد إذا كانت مثلها في العدالة أو أعدل منها اهـ.

قوله وشبه احتذى أي يتبع ما قبله كمسألة الإقرار المذكورة لأبي عمران، وما إذا شهد أربعة على امرأة بالزنى وشهد النساء بأنها رتقاء أو بكر، وما إذا قوم السرقة اثنان بربع دينار وقوم آخرون بأقل، وكتعارض الشهادة في ثبوت العيب وعدمه. وكما إذا شهد اثنان برائحة خمر في فم شخص وآخرون بنفي ذلك فالمعروف ثبوت الحد واختار ابن عبد السلام عدمه. وكذلك إذا شهدت بينة بالعدم وأخرى بالملاء فيها ثلاثة أقوال اهـ

وفي خ في مسألة الجرح: "وهو المقدم"، وفي مسألة الخمر: "أو شهد اثنان بشرب أو شم وإن خولفا"، وفي مسألة الملاء: "ورجحت بينة الملاء إن بينت".

٣١٨ تنبيه الذ علما

٣١٩ في قولهم فيمن على نفي شهد يسقط إجمالا نعم وقد فقد

٣٢٠ علم ضروري وظن غالب كنفى بيع ووفاء طالب

٣٢١ وإن يكن ذاك فلا اتفاقا كحصر وارث وشبه لاقا

لما ذكر أن المثبت أولى ممن نفي استدرك التنبيه على قولهم الشهادة على النفي ساقطة وأن فيه إجمال.

قوله الذ بسكون الذال مبتدأ خبره إجمال، وقوله نعم وقد فقد الخ أي نعم تسقط شهادة النفي في حال فقد العلم الضروري والظني الغالب؛ كقوله ما باع سلعته أو ما وفى الدين الذي عليه، قوله وإن يكن ذاك فلا اتفاقا. . . البيت؛ أي وإن يكن العلم الضروري أو الظن الغالب ثابتا أحدهما بالشهادة على النفي فلا تسقط الشهادة حينئذ اتفاقا أي إجماعا كما للمقري؛ كما يشهد أنه ليس في هذه البقعة التي بين يديه فرس ونحوه من العلم الضروري؛ وكما يشهد في حصر الوارث بأنه لا وارث للهالك في علمه.

قال القرافي: تجوز الشهادة في ذلك وفي التفليس مع أن الحاصل فيهما إنما هو الظن الغالب؛ لأنه يجوز عقلا حصول المال للمفلس وهو يكتمه ووارث لا يطلع عليه؛ كمقول المحدثين هذا الحديث ليس بصحيح بناء على الاستقراء، وتجوز الشهادة بأن زيدا لم يقتل عمرا أمس لأنه كان عنده في البيت؛ أو أنه لم يسافر لأنه رآه في البلد، فهذه كلها شهادة صحيحة بالنفي وإنما يمتنع غير المنضبط. قال المقري: تقبل الشهادة على النفي المحصور

والمعلوم إجماعاً دون غيرهما فلا يصح إطلاق أنها لا تقبل الهدء واعلم أن ابن الماجشون ذهب إلى الشهادة على حصر الوارث والتفليس ونحوهما؛ فما هو حاصل بالظن تجوز الشهادة فيه على البت؛ ومنع مالك من ذلك بل مالك يقول وقال الشاهد أشهد أنه لا وارث لزيد في علمي ونحو ذلك ويقول مالك القضاء.

فصل:

في ذكر الذين يضمنون والذين لا يضمنون ومن يقبل قوله في الرد ومن لا يقبل.

٣٢٢	يضمن ذو إرث ورهن وخيار	وصانع عرس وحاضن معار
٣٢٣	وحامل الطعام كالذي حبس	لثمن ذا غيبة أن التبس
٣٢٤	تلفه لا غيره فمع يمين	كحارس وذئ قراض وأمين
٣٢٥	ووالد وصيه وسمسار	راع وخاتن طبيب بيطار
٣٢٦	نوتي وكيل مبضع وخادم	معلم ومكتر وحاجم
٣٢٧	ومتعلم رسول مشرك	عن بعضهم ضمان بعضهم حكي

عد من يضمن من قوله ذو إرث إلى قوله لا غيره؛ وعد من لا يضمن من قوله كحارس إلى قوله ضمان بعضهم حكي.

فأشار بقوله ذو إرث إلى مسألة الوارث يطرأ عليه مثله أو يظهر دين بعد القسمة ويدعي تلف ما قبضه مما يغاب عليه ولم يقم بينة على التلف؛ أي يضمن وارث قبض ما ينوبه من المتخلف فانتقضت القسمة لدين أو غلط فادعي تلف ما يغاب فلم تقم له بينة اهـ.

قوله ورهن أي وذو رهن يغاب عليه يدعي المرتهن الحائز له تلفه ولم تقم له بينة. قال في خ: "وضمن مرتهن إن كان بيده مما يغاب عليه ولم تشهد بينة بكحرقة".

وأشار بقوله وخيار أي ذو خيار إلى مسألة المبيع على خيار مما يغاب عليه يدعي من له الخيار أنه تلف ولم تقم له بينة على تلفه. قال في خ: "وحلف مشتر إلا أن يظهر كذبه أو يغاب عليه إلا ببينة".

وقوله وصانع - بالعطف على ذو - أشار به إلى ضمان الصانع ما استصنع فيه مما يغاب عليه إن كان نصب نفسه للصناعة ولم تقم له بينة على تلفه. قال في خ - عاطفا على من يضمن - : "أو صانع في مصنوعه لا غيره ولو محتاجا له وإن ببنت أو بلا أجر إن نصب نفسه وغاب عليها" إلى أن قال: "إلا أن تقوم بينة".

وبقوله عرس بالعطف على المرفوع قبله أي الزوجة تقبض مهرها القابل للغيبة وتدعي تلفه من غير بينة على التلف. قال في خ: "وضمامه إن هلك ببينة أو كان مما لا يغاب عليه منهما وإلا فمن الذي بيده".

وقوله وحاضن أي إن قبض نفقة المحضون فيدعي تلفها ولم تقم له بينة عليه. قال في خ: " وضمنت بالقبض مطلقا كنفقة الولد إلا ببينة على الضياع".

قوله معار إلى مسألة من استعار ما يغاب عليه فيدعي تلفه ولم تقم له بينة عليه. قال في خ: " وضمن المغيب عليه إلا ببينة".

وأشار بقوله وحامل الطعام إلى المستأجر على حمل طعام فيدعي تلفه من غير بينة ولم يصحبه مالكة فإنه ضامن اتفاقا.

وبقوله كالذي حبس لثمن أي السلعة المحبوسة يحبسها البائع حتى يقبض ثمنها فيدعي تلفها فإنه ضامن لها، ولا مفهوم للثمن وكذلك المحبوسة للإشهاد. قال في خ: " وضمن بالعقد إلا المحبوسة للثمن أو الإشهاد فكالرهن " أي يفرق بين المغيب عليه وبين غيره.

ولا اشتراط الغيبة في هذه المسائل كلها قال الناظم ذا غيبة فهو راجع إلى جميع ما قبله فيكون متنازعا فيه.

وقوله إن التبس تلفه أي إن لم تقم بينة عليه؛ قيد في جميع ما ذكر، ومفهومه أنه لا ضمان مع قيام البينة؛ وهو كذلك مع أصل ابن القاسم خلافا لأصل أشهب.

وقوله لا غيره فمع يمين أي يضمن من ذكر غير ذي غيبة فالقول قوله مع يمينه؛ يريد ما لم يظهر كذبه كدعواه موت الدابة ببلد ولم يعلم بذلك أحد. قال في خ في مسألة الرهن: " وإلا فلا ولو اشترط ثبوته إلا أن يكذبه عدول في دعواه موت الدابة" أي وإلا يكن مما يغاب عليه فلا ضمان عليه ولو اشترطه ما لم يظهر كذبه.

وقوله وحارس أي لا ضمان عليه وهو مصدق بيمين هو ومن عطف عليه، وأراد بالحارس الأجير على الحراسة؛ قال في خ: "كحارس ولو حماميا" ورد بلو قول من ضمنه، قال ابن سلمون: وحارس الحمام لا يضمن لأنه أجير؛ وقيل يضمن لأنه نصب نفسه لذلك كالصانع.

قوله وذو قراض أي لا يضمن عامل القراض إن ادعى التلف والخسارة؛ قال في خ: "والقول للعامل في تلفه وخسره".

قوله وأمين أي المودع وأمين القاضي. وقال في خ في المودع: "لا بدعوى التلف أو عدم العلم بالرد أو الضياع".

قوله ووالد وصيه أي لا ضمان فيما تحت أيديهما من مال محجورهما.

وقوله سمسار أي لا يضمن على قول من أربعة أقوال، قال ابن عرفة: وأما مسمى السمسار ففي ضمانه ما دفع إليه ببيعه وما طلبه لربه لمشتتر أمره بشرائه، ثالثها ما لم يكن مأمونا، ورابعها فيما دفع إليهم لا فيما طلبوه. والقول الثالث هو الذي أفتى به ابن رشد على سبيل الاستحسان؛ واعتمده في خ إذ قال - عاطفا على من لا يضمن -: "وسمسار إن ظهر خبره على الأظهر". والذي جرى به العمل هو التضمنين مطلقا تبعا لبعض قضاة الأسكندرية لأنه من المصالح العامة.

قوله راع بحذف حرف العطف أي فلا ضمان عليه فيما تلف من الغنم وغيرها، وأقصى ما عليه في ذلك اليمين أنه لم يتعد ولم يفرط، وهذا هو المذهب ويدخل في قول "خ" كحارس". والذي جرى به العمل في القطر المغربي يضمن الراعي المشترك، وهو مذهب ابن المسيب.

وقوله وخاتن طبيب بيطار بحذف العاطف في الأخيرين، وقوله معلم وحاجم بحذف العاطف في الأول إذ لا ضمان على هذه الخمسة ما لم يخالفوا، قال ابن أبي زيد: قال ابن القاسم لا ضمان على حاجم وبيطار وخاتن وطبيب إن مات أحد بما صنعوا إن لم يخالفوا؛ ومعلم الكتاب والصناعة في الأدب ولو آل إلى الموت إن لم يتجاوز فيضمن كتعدية، قال جب: ومن فعل فعلا يجوز له من طبيب وشبهه على وجه الصواب فيتولد منه هلاك أو تلف مال فلا ضمان عليه، فإن كان جاهلا أو لم يؤذن له أو أخطأ فيه أو في مجاوزة أو تقصير فالضمان كالخطأ، وإن العبد له أن يحجمه أو يخته غير مفيد اهـ. وفي خ: "ضمن - أي الإمام - ما سرى كطبيب جهل أو قصر أو بلا إن أو غير معتبر ولو أذن عبد بفصد أو حجارة أو ختان".

قوله نوت أي صاحب السفينة فلا ضمان عليه فيما تلف فيها بغرق بفعل سائغ، قال في خ - عاطفا على من لا ضمان عليه -: "ونوتي غرقت سفينته بفعل سائغ".

وقوله وكيل أي لا يضمن سواء كان بأجرة أو بغيرها مفوضا كان أو مخصوصا ادعى تلف السلعة التي وكل على بيعها أو تلف ثمنها إن باع، وكذا في الوكالة على الشراء والاقتضاء وغير ذلك. وفي خ: "ولو قال غير المفوض قبضت وتلف برئ ولم يبرأ الغريم إلا ببينة"؛ فالمفوض أخرى في البراءة ويبرأ الغريم.

وقوله مبضع أي مرسل معه مال يشتري به لا ضمان عليه. وقوله وخادم أي من استؤجر على نقل زجاج ونحوه أو حمل غير الطعام أو حراسة متاع أو خدمة على أشجار أو تنقيتها ونحو ذلك؛ أو المراد به

الأجير الخاص للرجل أو الجماعة دون غيرهم والصانع الذي لم ينصب نفسه فلا ضمان على هؤلاء؛ لأن الضمان إنما هو للمصلحة العامة، وقيده بعضهم بما إذا عمله بغير أجر وإلا فيضمن، ابن يونس: وحكى هذا القائل أنه منصوص للمتقدمين، وقد نقل عبد الحق وغيره عن القرويين القولين؛ أعني هل لا ضمان على من لم ينصب نفسه للصناعة مطلقا أو بشرط أن لا يأخذ أجرة؟ ونقل بعضهم الاتفاق على الثاني اهـ. وإن فسر خادم بالاحتمال الأول فذلك مفاد قول خ: "وهو أمين فلا ضمان"، وإن فسر بالثاني فذلك مفاد قوله أيضا عاطفا على من لا ضمان عليه: "وأجير لصانع" ومفهوم قوله السابق في الصانع إن نصب نفسه اهـ.

قوله مكثر أي لا ضمان عليه فيما اكثرى مما يغاب عليه أم لا، وهو مفاد إطلاق قول خ: "وهو أمين فلا ضمان" وهذا هو الأصح؛ ومقابله في كتاب ابن سحنون. وقال أشهب في الجفنة يدعي ضياعها أنه ضامن، وأنكر ابن المواز أن تكون الرواية هكذا وقال: إنما الرواية في دعواه الكسر لأنه يقدر على تصديق نفسه بإحضار الفلقتين وأما الضياع فيصدق؛ ولهذا قال مالك في رواية أخرى: وأين فلقتاها؟ ابن المواز: إلا أن يقول سرقت مني الفلقتان أو تلفتا. وحكى صاحب البيان الاتفاق على نفي الضمان؛ قال: فلا أعلم فيه خلافا إلا ما لابن القاسم في الدميائية في مكثري الدابة يشترط عليه الضمان قال لا ضمان عليه؛ والمناجل وآلات الحديد يضمنها؛ قال: وهو شذوذ اهـ.

قوله ومتعلم أراد به إلى أن الأجراء والصناع تحت الصانع أمناء له فإذا تلف بأيديهم شيء بغير تعد فلا ضمان عليهم لأنهم صناع له خاصة، وأما لو غابوا على السلع فإنهم يضمنون؛ فقد نص أشهب في الموازية والعنابية أنه لو كثر الثياب على الغسال فواجر آخر يبعثه بها إلى البحر فادعى تلفها أنه ضامن. ابن يونس: وذلك إذا عامله على أثواب مقاطعة أي كل ثوب بكذا، وأما إن أجره يوما أو شهرا يدفع إليه شيئا يعلمه في داره وغاب عليه فلا ضمان عليه اهـ فمعنى لفظ الناظم معلم أي صانع وهذه لغة أهل فاس يقولون للمتعلم الصانع اهـ وقال بهرام بعد قول خ "وأجير لصانع": أي وهكذا لا يضمن الأجير الذي تحت يد الصانع ما تلف منه لأنه أمين؛ ظاهره سواء غاب عليه أم لا، وعن أشهب في الغسال تكثر عنده الثياب فيؤاجر آخر ثم يبعثه للبحر بشيء منها يغسله فيدعي تلفه أنه ضامن، وقال ابن ميسر: هذا إذا واجر على غسل أثواب مقاطعة كل ثوب بكذا؛ أما لو أجره يوما أو شهرا يدفع إليه عمله في داره وغاب عليه فلا ضمان اهـ وفي المواق نسبة ما لأشهب لسماع أصبغ وابن رشد؛ قال: ليس هذا بخلاف ما

للمدونة لا ضمان على الأجير القصار لأنهم لما انقلبوا بها لعملها وغابوا عليها فهم كالصناع سواء أخذوا ذلك من التجار أو صناع مثلهم اهـ قوله رسول أي لا ضمان على الرسول بهدية كان أو غيرها مما يغاب عليه أم لا اهـ وكتب عليه الناظم بيده: أي رسول بمال يوصله فلا ضمان في دعوى التلف؛ أما إن أنكره من أمره بالدفع إليه ولم تقم له بينة فإنه ضامن نص عليه في المدونة، وفيه يقول في خ: "والمرسل إليه المنكر . وخالف في رواية أصبغ عنه في ذلك ابن القاسم؛ وذكر ابن سلمون أن العمل على قوله؛ ونص ابن سلمون في ترجمة الوكالة: وكذلك من أبضع معه شيء ليوصله إلى عياله أو غيرهم فزعم أنه دفعه وأنكر المبعوث إليه فهو ضامن حتى يقيم البينة على الدفع؛ وهذا سبيل من بعث معه شيء إلى قريب أو بعيد، وقال أصبغ عن ابن القاسم: القول قول المأمور في ذلك مع يمينه وبه العمل اهـ.

وقوله ومشارك أي الشريك فلا ضمان عليه فيما هلك بيده من مال تجارة الشركة أو خسر فيه فهو مصدق في ذلك مفاوضا في ذلك أو غير مفاوض فيه، وفي خ: "والقول لمدعي التلف والخسر".

قوله عن بعضهم ضمان بعضهم حكى؛ أي حكى عن بعض العلماء ضمان بعض المذكورين؛ وتقدم ذلك في الحمامي وهو الدلال والراعي والمكثري. وقال أبو عمران في النظائر ما يضمن إذا ادعى تلفه: من ذلك عارية ما يغاب عليه، والبيع بالخيار إذا كان مما يغاب عليه، ونفقة الولد عند الحاضنة إذا ادعت تلفها، والمرأة إذا أصدقها ما يغاب عليه، وكذلك إذا أعطاهما نقدا بالجهاز وهو ما يغاب عليه فادعى تلفه فعليها أن تخلفه من مالها، والورثة إذا اقتسموا ثم انتقضت القسمة بلحوق الدين أو الغلط وقد أتلف بعضهم ما يغاب عليه فهم ضامنون لما يغاب عليه، وكذلك الصناع ضامنون إلا أن تقوم لهم البينة، وكذلك رهن ما يغاب عليه، هم ضامنون في هذه الوجوه كلها إلا أن تقوم لهم البينة فيبرؤون من الضمان عند ابن القاسم، وقال أشهب: هم ضامنون وإن قامت لهم بينة على تلفه .

وأما عارية ما لا يغاب عليه ورهن ما لا يغاب عليه فلا ضمان. قال عبد الحق: يحلف متهما كان أو غير متهم، وقول مالك لا يحلف إن كان غير متهم، وفي ذلك قول آخر أنه يضمن ذلك كله.

وأما ما يغاب عليه ولا يضمن فالودائع والقراض وما طريقه الأمانة فلا ضمان في ذلك.

وأما كراء ما لا يغاب فلا ضمان إذا ادعى تلف ذلك، وقيل إن أكرى مثل الجفنة فهو ضامن، وقيل إنما الرواية في دعواه الكسر لأنه يقدر على

تصديق نفسه بإحضار الفلقتين، وأما دعواه الضياع في الجفنة فهو مصدق اهـ.

وقال ابن الحارث: والأمناء المصدقون على ما في أيديهم: الوالد في مال ولده الصغير وفي مال ابنته البكر، والوصي في مال اليتيم وفي مال المحجور عليه، وأمناء الحكام الموضوع على أيديهم الأموال والمستودع والعامل في مال القراض والأجير فيما استؤجر عليه، والمكري في جميع ما استحمله حاشى الطعام خاصة فإنه له ضامن دون غيره، والصانع الذي ليس بصانع، وراعي الماشية ما لم يكن مشركا فيكون كالصانع، والمرتهن والمستعير في كل ما لا يغاب عليه، والوكيل فيما وكل على النظر فيه، والمأمور بالشراء أو بالبيع، والسمسار الذي يبيع للناس أموالهم ويدخل فيما بينهم، والشريك للرجل في ماله مفاوضا كان أو غير مفاوض، والرسول بما يرسل به من شيء، والمبضع معه المال ليشتري شيئا أو ليوصله، والمستأجر للأشياء التي لا يمكن المغيب عليها؛ هؤلاء كلهم مصدقون فيما يقولون، وما ادعى عليهم من وجه يوجب عليهم الضمان فالقول قولهم بلا يمين؛ إلا أن يكون المدعى عليه ممن يتهم مثله فتجب عليه اهـ وعدها أيضا ولد ابن فرحون إلا أنه قال: والراعي ما لم يتعد فيكون كالصانع اهـ.

تثبيته: ما ذكر من أن الخاتن والطبيب ونحوهما ممن لا يضمن مقيدا بما إذا لم يكن السلطان قد تقدم إليهم في ذلك؛ أما إذا تقدم إلى الأطباء والحجامين وأمثالهم أن لا يقدموا على شيء مما فيه غرر إلا بإذنه ففعلوا ذلك بغير إذنه فعليهم الضمان فيما تلف من أموالهم رواه أشهب، قال ابن رشد: وقال ابن دحون هو على العاقلة إلا في دون الثلث وهو خلاف الرواية اهـ.

وقال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة أسباب الضمان ثلاثة: الإتلاف كالحرق؛ أو وضع سببه كالحفر غير المأذون فيه؛ أو اليد غير المؤتمنة كالغاصب والمختبر للسلعة؛ ولهذا اختير غير المؤتمنة على العادية، والمباشرة مقدمة على السبب كالملقي على الحافر ما لم يقو السبب جدا فيقدم كجاعل السم على مقدم الطعام، أو يستويان فيعتبران كالإكراه والفعل؛ ومن ثم فرق القول الثالث للمالكية بين الغرور بالفعل بأن أوجب فيه الضمان وبين الغرر بالقول فلم يوجب الضمان.

وقال أيضا: قاعدة تقدم أن أسباب الضمان ثلاثة الإتلاف والتسبب ووضع اليد غير المؤتمنة كالبيع الفاسد ويضمنه المبتاع بالقبض بخلاف الخيار إذا أصيب بسماوي؛ وعلى هذه القاعدة تخرج فروع الضمان وهي متفق عليها، وإنما يختلف عند اجتماع شائبة معها فيختلف أيهما يغلب.

وقال أيضا: قاعدة القابض بإذن من له الإذن شرعا لحق نفسه ضامن إلا في عارية ما لا يغاب عليه وما عرف هلاكه على مشهور مذهب مالك ولحق غيره أمين ولحق نفسه وغيره إن قويت شائبة الأمانة كاللقطة والقراض والإجارة فأمين؛ إلا حامل الطعام عند المالكية للتهمة كما مر، وإن قويت الأخرى فضا من كالرهن فإنه عند المالكية كالعارية والإفقولان اهـ.

وقال القرافي: أسباب الضمان ثلاثة فمتى وجد واحد منها وجب الضمان ومتى لم يوجد واحد منها لم يجب الضمان، أحدها التفويت مباشرة كإحراق الثوب وقتل الحيوان وأكل الطعام ونحو ذلك، وثانيها التسبب للإتلاف كحفر الآبار في موضع لم يؤذن فيه ووضع السموم في الأطعمة ووقود النار بقرب الزرع والأندر ونحو ذلك مما شأنه أن يفضي غالبا للإتلاف، وثالثها وضع اليد غير المؤتمنة فيندرج في غير المؤتمنة يد الغاصب؛ والبائع يضمن البيع الذي يتعلق به حق توفية قبل القبض فإن ضمان المبيع الذي هذا شأنه منه لأن يده غير يد أمانة؛ ويد المتعدي بالدابة في الإجارة ونحوها؛ ويخرج بهذا القيد المودع وعامل القراض ويد المساقى ونحوهم فإنهم أمناء فلا يضمنون. وقولنا غير المؤتمنة خير ممن قال اليد العادية لأنها لا تعم هذه الصورة المتقدمة وإنما يندرج فيها الغاصب ونحوه، وحد المباشرة ما يقال عادة حصل به الهلاك من غير توسط، والسبب ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة كحفر البئر في محل عدوان فتردى فيه بهيمة أو غيرها فإن رداها غير الحافر فالضمان عليه دون الحافر تقديما للمباشرة على السبب، ويضمن المكره على إتلاف المال لأن الإكراه سبب، وفتح الققص بغير إذن فيطير ما فيه حتى لا يقدر عليه، والذي يحل دابة من رباطها أو عبدا مقيدا خوف الهرب فيهرب لأنه متسبب كان الطيران والهروب عقب الفتح والحل أم لا، وكذلك السارق يترك الباب مفتوحا وما في الدار أحد، وقال الشافعي: إن طار الحيوان عقب الفتح ضمن وإلا فلا؛ لأن الحيوان طار حينئذ بإرادته لا بالفتح، وقال أبو حنيفة: لا يضمن إلا في الزرق إذا حله فيتبدد ما فيه اهـ.

وقال المقري: قاعدة المباشرة مقدمة على السبب ما لم تكن معهودة له كقتل المكره؛ فيعتبران على أصح قولي المالكية أو تكون المباشرة ليست بعدوان كطرحه مع سبع في مكان ضيق فيعتبر السبب فقط، والمباشرة ما يعد في العادة علة الفعل من غير واسطة وإن لم يكن كذلك كالجراح، والسبب ما شهد أنه لا يكفي في ذلك مما له فيه مدخل ظاهر كالحفر وتقديم الطعام المسموم اهـ.

- ٣٢٨ وكل من خالف أو تعدى أو غر بالفعل كمن قد شدا
 ٣٢٩ أو صب أو قطع أو قد أنكحها لا غر بالقول على ما صححا
 ٣٣٠ ضمنه لا منازعا فيما قلع والصيغ كالنحر وللخوف نزع

هذا أصل في بيان حكم التعدي والتقصير؛ وحكم الغرور بالفعل والغرور بالقول والتداعي في محل الإذن أو صفته والنزاع في السبب. قوله كل مبتدأ وخبره جملة قوله ضمنه.

فمثال من خالف ما أمر به عامل القراض يأمره رب المال أن يتجر في نوع فيتجر في غيره فإنه ضامن لما تلف، وكاشتراط رب الغنم على الراعي أن يرعاها في موضع فيرعاها في غيره فإنه ضامن، وكما إذا قال رب الوديعة للمودع اجعلها في سطل فخار فجعلها في سطل نحاس فإنه ضامن نص عليه ابن عبد الحكم.

ومثال من خالف ما نهى عنه كما إذا نهى صاحب المال عامل القراض عن شيء مخالف؛ قال في المدونة: قال الفقهاء السبعة مع مشيخة سواهم من نظرائهم من أهل الفقه والفضل: يجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن لا ينزل بطن واد ولا يسري به ليلا ولا يحمله ببحر ولا يبتاع به سلعة كذا؛ فإن فعل به شيئا من ذلك ضمن المال اهـ. وكما إذا قال رب الوديعة للمودع لا تقفل الصندوق فقله فإنه يضمن؛ نص عليه ابن عبد الحكم قال: لأن السارق لرؤية القفل أطمع، ومال اللخمي إلى عدم الضمان لأن السارق يطمع في الصندوق كان عليه قفل أم لا؛ فلم يكن لزيادة الإطماع وجه اهـ.

ومثال من تعدى على شيء فهلك بسببه ما إذا أنزى الراعي على الغنم بغير إذن أهلها فإنه ضامن؛ وكمن أودعته بقرا أو نوقا فأنزى عليهن فمتن من الولادة فإنه ضامن، وكذلك من أودعته أمة فزوجها فحملت فماتت من الولادة فهو ضامن.

ومثال الغرور بالفعل كمن قد شد بحبل ضعيف فانقطع؛ أو صب زيتا في إناء مثقوب قد علم به؛ أو قطع شقة برسم قميص علم أنه لا يخرج منها؛ أو أنكح امرأة على أنها حرة وهو يعلم عبوديتها؛ أو أنكح وليته أو موكلته عالما بعيبها أو بأنها لم تخرج من عدتها؛ فكل هذه الأوجه يضمن فيها الغار بالفعل.

ففي خ في الإجارة: "وهو أمين فلا ضمان ولو شرط إثباته إن لم يأت بسمة الميت أو عثر بدهن أو بآنية أو طعام فانكسرت ولم يتعد أو انقطع الحبل ولم

يغر بفعل" ثم قال: "لا إن خالف مرعى شرط أو أنزى بلا إذن أو غر بفعل فقيمه يوم التلف" وفيه أيضا في الوديعة في تعداد أوجه الضمان: "وبقفل بنهي أو بوضع بنحاس في أمره بفخار" وفيه أيضا عطا على ما يحصل به الضمان: "وبإنزائه فمتن من الولادة كأمة زوجها فماتت من الولادة" وفيه أيضا في تعداد ما يجوز في القراض: "واشتراطه أن لا ينزل واديا أو يمشي بليل أو ببحر أو يبتاع سلعة وضمن إن خالف" وفيه أيضا في باب الخيار في الأنكحة: "وبها رجع بجميعة لا بقيمة الولد على ولد لم يرغب كابن وأخ ولا شيء عليها وعليه أو عليها إن زوجها بحضورها كاتمين" ثم قال: "في كابن العم فإن علم فكالقريب" ثم قال: "وعلى غار غير ولي تولى العقد إلا أن يخبر أنه غير ولي لا إن لم يتولاه" انتهى. فقله أو لا وبها يعني وإن كان للرد بسبب عيب الزوجة بعد البناء، وقوله وبها أي وإن كان الرد بسبب الزوجة بعد البناء، وقوله وعليه أو عليها أي ورجع الزوج على الولي أو على الزوجة.

وعلى الذي صحح الناظم من أن الغار بالقول لا يضمن مشى في خ بقوله المذكور أنفا "لا إن لم يتولاه" أي وإنما غر بالقول فقط، جب: ولو غره مجبر لم يرجع عليه بشيء إلا أن يتولى العقد إلا أن يخبر أنه غير ولي؛ ضيخ: لأنه غرور بقوله وهو مفرد إذ لم يتثبت لنفسه؛ فالمشهور أن الغرور بالقول لا يوجب غرما أهـ كأن يقول مثلا الإناء صحيح فقط أو الشقة تقطع قميصا أو فلانة حرة فقط أو هذه الدراهم جياذ لمن قال له قبلها فوجدها رديئة أهـ .

قوله لا منازعا فيما قلع؛ قلع بفتح القاف مبني للفاعل ومنازعا بفتح الزاي اسم مفعول؛ أي لا تضمن حجاما منازعا في الضرس الذي قلعه نازعه ذو الضرس المقلوع، وقوله نزع أي ذهب وبه يتعلق بلفظ للخوف أي ذهب في احتجامة لنفسه في الذبح إلى الخوف من موت الشاة مثلا، قال في المدونة: قال ابن القاسم: وإذا قلع الحجام ضرس رجل بأجر فقال له لم أمرك إلا بقلع الذي يليه فلا شيء عليه؛ لأنه علم به حتى قلعه فتركه فله أجره إلا أن يصدقه الحجام فلا يكون له أجر؛ ويكون عليه العقل في الخطأ والقصاص في العمد. وفيها أيضا إن صبغ الثوب أحمر أو أسود وقال بذلك أمرني ربه وقال ربه بل بأخضر صدق الصانع إلا أن يصبغه صبغا لا يشبه مثله. وفيها أيضا قال ابن القاسم: والراعي مصدق فيما هلك أو سرق ولو قال ذبحتها أو سرقت صدق، ولو خاف موت الشاة فأتى بها مذبوحة صدق ولم يضمن أهـ. وفي خ: "وصدق إن ادعى خوف موت بنحر أو سرقة منحوره أو قلع ضرس أو صبغ ثوب فنوزع فيه".

تنبيه: الغار بالقول وإن كان لا يضمن فإنه يؤدب على المنصوص؛ وكذلك على القول بالضمان في مسألة النكاح تخريجا، قال في ضيخ: ينبغي أن يؤدب ويتأكد أدبه على المنصوص بعدم الغرامة؛ ففي كتاب تضمين الصناع من المدونة: وإن سألت خياطا قياس ثوب فزعم أنه يقطع قميصا فأثله بقوله وظهر أنه لم يقطع قميصا فقد لزمك ولا شيء لك عليه ولا على البائع، وكذلك الصيرفي يقول في درهم تزيه إياه جيدا فيلفى رديئا؛ فإن غرا من أنفسهما عوقبا ولم يغرما، فأنت ترى كيف حكم بالعقوبة فيهما؛ ففي الغرور في الفرج مع غرامة الصداق أولى اهـ.

٣٣١ وكل من صدق في دعوى التلف تقبل دعوى رده مع الحلف

٣٣٢ إن لم تكن بينة حين دفع في بعضها معها خلاف قد سمع

هذا أصل: كل من يصدق في دعواه التلف فالقول قوله في الرد مع يمينه إلا أن يقبض ببينة فإنه يصدق في التلف لا في الرد، وهذا كالمودع والمستأجر والوكيل وعامل القراض ونحوهم. وقوله في بعضها معها الخ أي مع البينة؛ أي قد سمع في بعض الجزئيات الداخلة تحت الكلية المذكورة خلاف في تصديق مدعي الرد مع البينة أي في قبضه ببينة، وهذا كالوديعة والقراض فالمشهور عدم التصديق والشاذ التصديق، وفي خ في الوكيل: "وصدق في الرد كالمودع" وفيه أيضا في الإيداع في موجبات الضمان: "وبدعوى الرد على وارثك أو المرسل إليه المنكر كعليك إن كانت لك بينة مقصودة لا بدعوى التلف" وفيه أيضا في القراض: "والقول للعامل في تلفه وخسره ورده إن قبض بلا بينة". لم يقيد الناظم البينة بكونها مقصودة كما في خ اتكالا على شهرة ذلك في غير ما كتاب.

٣٣٣ وكل شخص ضامن إن ادعى ردا بلا بينة لن يسمعا

هذا أصل: كل شخص ضامن لا يصدق في دعوى الرد بلا بينة سواء كان قبض ببينة أم لا. قوله ضامن نعت لشخص. وذلك كالرهن والعارية والمبيع على خيار فيما يغاب عليه وما يضمنه الصناع؛ لأن هذه الأشياء قبضت على الضمان. وفي خ في العارية - مشبها بما يصدق فيه المستعير -: "كدعواه برد ما لم يضمن" فأفهم أنه لا يصدق في دعواه رد ما يضمن وهو ما يغاب عليه وهو نص ابن القاسم، قال

المواق: في كتاب محمد وسواء أخذ ذلك ببينة أو بغير بينة اهـ وفي خ أيضا في الإجارة في الصانع: "ولا في رده فلربه وإن بلا بينة"، وقال ابن الماجشون: الصانع مصدقون في رد المتاع إلى أهله مع أيمانهم إلا أن يأخذوه ببينة فلا يبرءون إلا ببينة، وقال المقرئ في قواعده: وقد أشكل علي تكذيب الصانع في دعوى الرد مع أنهم إنما يقبضون بغير بينة عادة مطردة، وقال الفلثاني: ويظهر صواب قول ابن الماجشون بحسب الزمان لأنهم يأخذون بغير إسهاد ويردون كذلك؛ وعلى هذا العرف يدخل الذي يرفع إليهم أنهم لا يكلفون بإسهاد على الرد والله أعلم اهـ وهو واضح إلا أن ابن الماجشون إنما صدقهم لأنه رآهم على الأمانة لا لما ذكره من العرف قاله ابن رشد في أجوبته.

فصل:

في ذكر أصول؛ كل أصل بيان لما هو أصل فيه دون غيره فيرجح الأصل حتى يدل دليل منفصل على خلافه.

براءة لا بعد تكليف خذا	٣٣٤	طهارة الأعيان أصل وكذا
جمع تساو وظهور شرح	٣٣٥	عكسا بعكس ويسار جرح
ضمان كالكراء لا التعيين	٣٣٦	وصحة حريّة تضمين
للشخص بين العوضين فاسمعا	٣٣٧	والإن لا العدا وأن لا يجمعا
كأجر من أم وجعل من قعد	٣٣٨	وبالندور احكم إذا شيء ورد
وجاء في جعل قراض حل	٣٣٩	كذا اللزوم في العقود أصل
وصية قبولها ومن أقر	٣٤٠	زراعة وكالة ما يعتصر
في بعضها الخلاف والفرق يرى	٣٤١	غرس وشركة وتحكيم كرا

الأعيان جمع عين أي الشيء المتعين القائم بنفسه؛ ولأن الأصل في الأشياء الطهارة تقول في الصلاة في المزبلة والمجزرة ومحجة الطريق والحمام ونحو ذلك: تعارض الأصل الذي هو الطهارة؛ والغالب الذي هو النجاسة الغالبة في هذه المذكورات؛ فلذلك اختلف في بطلان الصلاة فيها والأصل البراءة قبل التكليف وعمارة الذمة؛ ولذا قال: وكذا براءة لا بعد تكليف، والأصل عدم البراءة بعد تحقق التكليف وعمارة الذمة؛ وهو معنى قول المؤلف خذا عكسا بعكس؛ أي خذ العكس وهو عدم البراءة في العكس وهو ما بعد التكليف ما لم يعتقد زوال التكليف ببراءة الذمة وقيل أو يظن ذلك؛ والأول الصحيح الموافق لنقل الباجي؛ خلافاً لحب في قوله: ويعمل الظان على ظنه، ولذلك يأتي برابعة من شك أصلي ثلاثاً أم أربعاً؛ ويتوضأ من شك في الحدث؛ وهو معنى قولهم الذمة عامرة فلا تبرأ إلا بيقين، والقول لمن ادعى براءة ذمته قبل تحقق العمارة، وأما بعد تحقق العمارة فلا يكون القول قوله بل قول رب الدين أن الدين باق عليه.

وكذا الأصل عند مالك اليسار حتى يثبت عدم لقوله تعالى: وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرَةً فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ، والأصل عنده وعند الشافعي الجرحه حتى تثبت العدالة؛ وذلك مراد الناظم بقوله: جرح بفتح الجيم ولكونه الأصل يقدم عند

التعارض على التفصيل في قوله في خ: " وهو المقدم ". وقال أبو حنيفة:
الأصل العدالة حتى يثبت الجرح والأصل أيضا الجمع؛ أي من ادعى من
المتناظرين الجمع بين الأدلة فقد ادعى الأصل؛ لا من ادعى التفريق.
والأصل أيضا التساوي بين البينتين ونحوهما حتى يثبت المرجح وهو أيضا
الأصل في القصاص قال الله تعالى: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ.

وقال القرافي: العدل التسوية في كل شيء حتى يقوم المخصص، قال
المقري: الأصل في القصاص التساوي لأنه معناه إلا أن يؤدي إلى تعطيل
القصاص قطعا كالجماعة بالواحد أو غالبا كاستواء العضوين من كل وجه
لذوره؛ ولهذه النكته فرق مالك في جراحات العبد بين المتلفات الأربع؛
فقال فيها نسبة ديته من دية الحر من قيمة العبد لأنها قد تبرأ على غير
نقص يحط من القيمة؛ فلو اعتبرت بذلك أدى إلى إبطالها ولا يجوز؛ بخلاف
الجنابة على الأطراف ونحوها فإن النقص فيها حاصل لا يزول، وهذا فقه
بديع يذهب تشنيع المجني عليه ولأجل أن معنى القصاص التساوي؛ قال
مالك ومحمد: تجب المماثلة في استيفائه إلا لمانع كالنار والفاحشة، وخالفهما
النعمان فقال: لا قود إلا بالسيف، والذي في خ جوازه بالنار والرد للقول
بالمع ونصه: " وقتل بما قتل به ولو نارا إلا بخمر ولواط وسحر".

والأصل الظهور دون التأويل أي الأصل حمل الكلام على ظاهره ولا
يخرج عن ظاهره إلا لدليل. وفي بعض النسخ وظهور بالمهملة أي الأصل
في الماء أنه ظهور حتى يتحقق عدم ذلك؛ ولهذا يستعمل الماء إذا شك في
مغيره هل يضر؛ وفي خ عاطفا على الطاهر: " أو شك في مغيره هل
يضر " وأحرى إذا شك في أصل التغير؛ ويدل لذلك قوله صلى الله عليه
وسلم: ((خلق الماء ظهورا ..)) الحديث.

والأصل أيضا الشرح أي من ادعى البيان فقد تمسك بالأصل دون من ادعى
الإجمال.

والأصل أيضا الصحة أي صحة الجسم لا المرض أو صحة العقل لا
اختباله أو صحة المعاملة لا فسادها، قال في خ: " والقول لمدعي الصحة إلا
أن يغلب الفساد".

والأصل أيضا الحرية؛ فمن ادعاها فالقول قوله ما لم يثبت عليه حوز
الملك، فقد قال مالك فيمن قذف رجلا لا يعرف برق وهو يدعي الحرية
وقاذفه ينفىها: هو على الحرية.

والأصل أيضا التضمين لا التأمين؛ ولذلك كان القول قول رب المال إذا قال
قرض وقال الذي في يده المال قراض أو وديعة فيضمنه لأنه مقر بوضع
يده الذي هو سبب للضمان مدع لرفع ذلك السبب، وإلى المسألة أشار في خ

بقوله: "أو قال قرض في قراض أو وديعة" ففاعل قال رب المال والجملة عطف على جملة ادعى في قوله: ولربه إن ادعى الشبهة فقط. والأصل أيضا ضمان كالكرء حتى يقع التعيين، ابن المواز: وإن وقع الكراء على الإطلاق حمل على المضمون حتى يدل دليل على التعيين، وأدخل كاف كالكرء الإجارة.

والأصل أيضا الإذن لا العداء، قال المقرئ: لو قال من بيده المال قراض وقال رب المال غصبته لكان القول قول العامل، وفي خ: "والقول للعامل في تلفه" إلى أن قال "أو قال قراض ورببه بضاعة بأجر وعطية أو ادعى عليه الغصب". ويحتمل أن يكون قوله والإذن عطفًا على التعيين بحذف حرف العطف؛ أي الأصل ضمان كالكرء لا التعيين ولا الإذن ولا العداء فيكون الإذن والعداء مدخولين للنفي أي فالأصل عدم الإذن؛ ولذا قال القول قول الموكل إذا تنازعا في الإذن أو صفة من صفاته؛ ولذا قال في خ: "ضمن إن قبض الدين ولم يشهد أو باع بقطع نقد ما لا يباع به أو ادعى الإذن فنوزع".

والأصل عدم العداء لا العداء وعليه مسألة القراض المتقدمة ومسألة تنازع العبد مع سيده في عمد المثلة والخطأ؛ فإن القول قول السيد لأن الأصل عدم العداء؛ ولذلك قال في خ: "والقول للسيد في نفي العمد"، ومسألة ما إذا ادعى على الطبيب العمد فيما زاد أو قصر وادعى هو الخطأ فالقول قول الطبيب كما في ضيح.

وفي بعض النسخ والعدا بالواو فيكون داخلا تحت لا من قوله لا للتعين أي ليس الأصل تعيين الكراء وليس الأصل الإذن وليس الأصل العدا اهـ والأصل أيضا أن لا يجمع لشخص واحد بين العوضين؛ فلا يجمع للبائع الثمن والسلعة معا؛ ولا للمؤجر الأجرة والمنفعة معا. قال المقرئ: قاعدة التعدي ينقل المتعدى عليه للذمة بالقيمة عند مالك فيكون له لأن القيمة للمتعدى عليه فلا يجمع بين العوض والمعوض؛ فإذا وجد الدابة المصالح عليها في التعدي فلا تكون له بخلاف من طرح متاعه للممول فصالحوه بدنانير على أن لا يشاركهم بعد أن عرفوا ما يلزمهم في القضاء ثم خرج المطرح فإنه له وينتقض الصلح وإن أخرج نصفه انتقض نصفه.

ويحكم بالنذور إذا ورد شيء من اجتماع العوضين لشخص واحد؛ كأجرة الإمامة لابن عبد الحكم فعلى قوله يجمع الأجرة والثواب الأخرى؛ وكجعل القاعد كالغازي وهما من ديوان واحد فإن الغازي جمع المجاعل به والثواب الأخرى وكالسبق لمن يجيز أخذ السابق له ذكر هذه الثلاثة القرافي، وقال ابن الشاط: ليس المبذول فيها عوضا عن الثواب بل هو

معوونة على القيام بتلك الأمور وللقائم بها ثوابه وللمن تولى المعوونة ثوابه؛ فلم يجتمع العوضان لشخص واحد من جهة اهـ
والأصل أيضا في العقود اللزوم لأن الأصل ترتب الأحكام على أسبابها؛ واستثنى الناظم من اللزوم اثني عشر عقدا، وقال الغرناطي في أول وثائقه:
وكل ما أشهدا فيه على أنفسهما فليس لواحد منهما أن يحله إلا برضى صاحبه إلا المغارسة والمزارعة والجعل قبل العمل والقراض والشركة والوكالة ما لم يخاصم الوكيل ثلاثة مجالس والوصايا وقبولها في غير المرض والكرء مشاهرة أو مسانهة والأبواب في الهبة المعتصرة والمقر بحد من حدود الله تعالى ومن حكما رجلا اهـ.

وقال القرافي: اعلم أن الأصل في العقد اللزوم لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به أو المعقود عليه ودفع الحاجة فناسب ذلك اللزوم دفعا للحاجة وتحصيلا للمقصود؛ غير أن مع هذا الأصل انقسمت العقود قسمين: أحدهما كذلك كالبيع والإجارة والنكاح والهبة والصدقة وعقود الولايات؛ فإن التصرف المقصود بالعقد يحصل عقيب القصد، والقسم الآخر لا يستلزم مصلحة مع اللزوم بل مع الجواز وعدم اللزوم وهو خمسة عقود: الجعالة والقراض والمغارسة والوكالة وتحكيم الحكيم ما لم يشرعا في الحكومة؛ لأن الجعالة لو شرعت لازمة مع أنها قد يطلع على فرط يعد مكان الأبق أو عدمه مع دخوله على الجهالة بمكانه فيؤدي ذلك إلى ضرورة؛ فجعلت جائزة ليلا تجتمع الجهالة بالمكان واللزوم وهما متنافيان، وكالقراض حصول الربح فيه مجهول فقد يتصل به إلى سلع متعذرة ولا يحصل فيها ربح، وكالمغارسة مجهولة العاقبة في نبات الشجر وجودة الأصل ومواتاة الأسباب على معاناة الشجر مع طول الأيام؛ فقد يطلع على تعذر ذلك أو فرط بعده فإلزامه بالعمل ضرر من غير حصول المقصود. وكذلك الوكالة قد يطلع فيما وكل عليه على تعذر أو ضرر فجعلت على الجواز، وتحكيم الحاكم خطر على المحكوم عليه لما فيه من اللزوم إذا حكم؛ فقد يطلع الخصمان على سوء العاقبة في ذلك فلا يشرع اللزوم في حقهما نفيا للضرر منهما، واشترك الجميع في عدم انضباط العقد لحصول مقصوده فكان الجميع على الجواز اهـ.

وقال الناظم في بعضها الخلاف؛ أي في بعض المذكورات هل هو منحل أم لا؟ أما الجعل فالمشهور أنه جائز من الجانبين فإن شرع في العمل لزم الجاعل، وفي خ: "ولكليهما الفسخ ولزمت الجاعل بالشروع"، وقيل أنه لازم لهما بالقول، وقيل للجاعل فقط.

وأما القراض فالمشهور أنه لا يلزم بالقول؛ وفي خ: "ولكل فسخه قبل عمله"، ومقابلته قولان: قيل أنه لازم بالقول، وقيل لازم لرب المال فقط. والفرق على المشهور بينه وبين المساقاة أنه لما لم يكن مؤقتا كان شبيها بالإجارة كل شهر وكل سنة، والمساقاة لما كانت مؤقتة كانت كالإجارة المؤقتة لشدة الحاجة.

وأما المزارعة فالمشهور أنها لا تلزم بالقول بل ولا بالشروع في العمل ولكل من المتزارعين الفسخ ما لم يبذر؛ وفي خ: "لكل فسخ المزارعة إن لم يبذر". وقيل لا تلزم إلا بالشروع في العمل وهو قول ابن كنانة في المبسوط وبه جرت الفتوى بقرطبة؛ وهو على قياس رواية ابن زياد عن مالك أن الجاعل يلزمه الجعل بشروع المجمعول له في العمل، وقيل تلزم بالعقد وهو قول سحنون.

وأما الوكالة ففيها تفصيل: إذا تعلق بها حق للغير فليس للموكل عزل الوكيل إذا قاعد خصمه المرتين والثلاث إلا من عذر وهذا هو المشهور؛ ووقع لأصبع ما يدل على أنه له أن يعزله ما لم يشرف على تمام الخصام، وفي المحل الذي لا يكون للموكل عزله عن الخصام لا يكون له هو أن ينحل عن الوكالة إذا قبلها، وإذا لم يتعلق بها حق للغير فإن كانت على وجه الإجارة فهي لازمة بالقول كالإجارة؛ وإن كانت على وجه الجعالة ففيها الخلاف الذي في الجعل؛ وإن كانت بغير أجره فهي جائزة؛ وقيل تلزم الوكيل كالهبة لأن الوكيل كواهب منفعة والهبة تلزم بالقول على المعروف، وفي خ: "وهل لا تلزم أو إن وقعت بأجرة أو جعل فكهما وإلا لم تلزم تردد". والنوع الأخير من الوكالة هو مراد الناظم؛ وإنما أطلق لرجوع ما قبله إلى الإجارة والجعالة وعروض تعلق حق الغير وما إن كانت بأجرة.

وأما الهبة وهي المراد للناظم بقوله ما يعتصر أي الهبة من الأب والأم، ويدخل في ما يعتصر الصدقة بشرط الاعتصار على القول بأن شرطه عامل، وفي خ: "وللأب اعتصارها من ولده كأم فقط وهبت ذا أب وإن مجنوننا ولو يتيما على المختار لا ما أريد به الآخرة كصدقة بلا شرط" فمفهومه اعتصار الصدقة مع شرط الاعتصار.

وأما الوصية بالمال أو بالنظر فالموصي أن يرجع فيها اتفاقا وإن أوصى بعق، وفي خ في تعداد مبطلات الوصية: "وبرجوع فيها وإن بمرض". وأما قبول الموصى إيصاء في حياة الموصي فهو منحل؛ إذ له أن يعزل نفسه في الحياة على الأصح؛ لأنه لم يغر الموصي وهو قادر على أن يستبدل غيره، ومقابل الأصح لعبد الوهاب في المدونة أنه إذا قبل لا يكون له الترك إلا أن يعجز أو يظهر له عذر في الامتناع من المقام عليها، ابن

عبد السلام: وهو ظاهر قول غيره من العراقيين وبعض المغاربة، لأن ذلك كهبة بعض منافعه، وهذا القول هو المرود بلو في قول خ: "وله عزل نفسه في حياة الموصي ولو قبل"، لكن الأصح أنه لا رجوع له إذا قبل بعد موت الموصي، وقال بعضهم: لا فرق بين قبوله بعد الموت أو قبله أن له الرجوع، والأصح هو نص أشهب، وعليه اقتصر في خ إذ قال بإثر ما سبق عنه: "لا بعدهما" أي لا بعد الموت والقبول.

وأما الإقرار فكما إذا أقر بالزنى أو السرقة أو الشرب أو نحو ذلك مما له عذر في الرجوع، فأما الزنى فإن أقر به ثم رجع إلى ما يعذر فيه قبل؛ وفي إكذابه نفسه قولان لابن القاسم وأشهب؛ وعلى الأول مشى في خ بقوله: "وثبت بإقراره مرة إلا أن يرجع مطلقاً" وقال ابن وهب وابن عبد الحكم بقول ابن القاسم؛ وروي مثل قول أشهب عن مالك. وأما السرقة فإن أقر بها ثم رجع إلى شبهة ثبت الغرم دون القطع؛ وإلى غير شبهة فيه روايتان عن مالك، وروى ابن وهب ومطرف أنه يقال؛ وقاله ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم، وعليه مشى في خ في قوله رادا لمقابله بلو: "وقبل رجوعه ولو بلا شبهة"، وبالمقابل قال أشهب وعبد الملك. وأما الشرب فكالسرقة فقد اعترف أبو محجن الثقفي في شعره بشرب الخمر فأراد عمر حده فقال أبو محجن: صدق الله وكذبت قال الله تعالى في الشعراء: وَأَنَّهُمْ يَقُولُونَ مَا لَا يَفْعَلُونَ فلم يحده وعزله عن العمل اهـ.

وأما المغارسة فقليل أنها لازمة بالعقد كالإجارة، وقيل هي من باب المجاملة وللعامل أن يترك العمل وليس في خ كلام فيها. وأما الشركة فالمشهور لزومها بالقول؛ وفي خ: "ولزمت بما يدل عرفاً كاشتركننا"، وقيل لا تلزم إلا بالخط.

وأما التحكيم فإنه غير لازم عند سحنون؛ بمعنى أن لكل من الخصمين أن يرجع قبل نفوذ الحكم، ولازم عند ابن الماجشون، في خ: "وفي هدية من اعتادها قبل الولاية وكراهة حكمه في مشيه أو متكئاً أو إلزام يهودي حكماً بسبته وتحديثه بمجلسه لضجر ودوام الرضى في التحكيم للحكم قولان"، ومنشأ الخلاف هل المحكم وكيل لهما أو حاكم؟ وقال أصبغ: لكل منهما الرجوع ما لم ينشأ في الخصومة فلا رجوع لهما، ولابن المواز لهما الرجوع ما لم يشرف على الحكم.

وأما الكراء ويعني به كراء المسانحة أو المشاهرة؛ وهذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة أنه غير لازم لأحدهما بالقول ما لم ينقد فيلزم قدر ما نقد؛ واختاره ابن يونس قال: لأنه كأنه قال أكريتك بحساب الشهر والسنة بكذا؛ وعليه مشى في خ إذ قال: "ومشاهرة ولم يلزم لهما إلا بنقد

فبقدره"، وروى مطرف وابن الماجشون أنه يلزم أقل ما سميا؛ فإن قال كل شهر بكذا لزم شهر؛ وإن قال كل سنة بكذا لزم في سنة؛ وبه قال ابن حبيب؛ واختاره اللخمي قال: لأنهما أوجبا بينهما عقدا ولم يجعل فيهما خيارا؛ فوجب أن يحملا على أقل ما تقتضيه تلك التسمية. وروى عن مالك أيضا أنه لا يلزم المكتري شيء كالقول الأول حتى يشرع في السكنى فيلزمه أقل ما سمي كالقول الثاني اهـ.

أطلق الناظم الكراء وكان من حقه أن يقيده بالشاهرة والسانهة احترازا عن كراء الوجيبة فإنه لازم؛ وقد وقع هذا الإطلاق لابن غازي في قوله:

أربعة بالقول عقدها جرا	بيع نكاح وسقاء وكرا
لا الجعل والقراض والتوكيل	والحكم فالفعل بها كفيل
لكن في الغراس والمزارعه	والشركاء بينهم منازعه

وكذا أطلق الناظم أيضا في الإقرار وحقه أن يقيده بالحد كما تقدم اهـ قال القرافي: الأصل في الإقرار اللزوم؛ وضابط ما لا يجوز الرجوع عنه منه هو الرجوع الذي ليس فيه عذر عادي؛ وضابط ما يجوز الرجوع عنه هو أن يكون له في الرجوع عذر عادي؛ كما إذا أقر الوارث للورثة أن ما ترك أبوه ميراث يقسم بينهم على القانون الشرعي ثم جاء شهود أخبروه أن أباه أشهدهم أنه تصدق عليه في صغره بهذه وحازها له؛ فإذا رجع عن إقراره يقبل رجوعه لأنه على العادة؛ ولا يكون إقراره السابق مكذبا للبيئة لأنه عذر عادي يسمع مثله، ومثل هذه المسألة أن يقول له علي مائة درهم إن حلف أو إذا أحلف أو متى حلف أو مع يمينه؛ وحلف فنكل المقر وقال ما ظننت أنه يحلف لا يلزمه شيء لأن العادة جرت بأن الاشتراط يقتضي عدم اعتقاده، وقال عبد الحكم: إن قال له علي مائة إن حلف أو إن ادعاها أو مهما حلف بالعتق أو استحل ذلك أو إن كان يعلم أنها له أو أعارني رداء فأعاره أو شهد به على فلان فشهد عليه بها فلا يلزمه في ذلك كله شيء لأن العادة جرت أن هذا ليس إقرارا بل استنفادا. وأما إن قال إن حكم بها علي فلان فحكم بها لزمته؛ لأن الحكم سبب فتلزمه عند سببها، والأولى كلها ليست شروط الأسباب بل استعدادات محضة مخلة بالإقرار. ومثل هذا أن يقول له عندي لك مائة من ثمن خمر أو مائة لأن الكلام بآخره؛ والقاعدة أن كل كلام لا يستقل بنفسه يصير المستقل بنفسه غير مستقل، وقوله من ثمن خمر لا يستقل بنفسه فيصير الأول المستقل غير مستقل بنفسه، وكذلك الصفة والاستثناء والغاية والشرط ونحوها اهـ. وفي خ: "ولزم إن نوكر في

ألف من ثمن خمر" وفيه بعده: "وألف إن استحل أو أعارني لم يلزم كأن
حلف في غير الدعوى أو شهد فلان غير العدل".

فصل

فيما اختلف في تقديم أحدهما على الآخر عند التعارض كتعارض قياسين ومقصد ولفظ وغالب وأصل وظاهر وأصل، وإنما ذكر تعارض قياسين هنا مع الجزم بتقديم الأقوى شيها لأنه قد يختلف في الأقوى ما هو فالتحق بالنمط الأول وإن كان خلافا في حال.

٣٤٢ إن دار فرع بين أصليين وقد تعذر الجمع يغلب الأسد

أي الأقوى شيها الأكثر سدادا واستقامة والأرجح دليلا. قال المقرئ: إذا اختص الفرع بأصل أجري عليه إجماعا؛ فإن دار بين أصليين حمل على الأولى منهما، وقد يختلف فيه كالإرث من المكاتب وما يجب من قتل أم الولد ومالك العامل؛ أهو بالظهور لأنه كالشريك أو لتساويهما في زيادة الربح ونقصه ولعدم تعلق حقه بالذمة أو بالقسمة كالأجير لاختصاص رب المال بغرم رأس المال ولأن القراض معاوضة على عمل؟ وقد تعمل الشائبتان فإن من غلب الشركة اعتبر شروط الزكاة في حقهما ومن غلب الإجارة اعتبرها في حق المالك فقط؛ وابن القاسم أعملهما فقال: يراعى أحدهما وإن سقطت عن أحدهما سقطت عن العامل في الربح اهـ. ومثل هذا العبد له شبه بالحر وشبه بالدابة والياقوتة ونحوهما.

وقال بعض شراح الرسالة في الكلام على أجرة الكيل: وأجرة الكيل على البائع في طعام البيع وفي طعام القرض على المقترض في التولية والشركة؛ فمن رأى أنه معروف أشبه القرض؛ ومن رأى أنه بثمن أشبه البيع؛ فهو فرع بين أصليين اهـ وفي مسألة عامل القراض يقول في خ: "وفي كونه شريكا أو أجيرا خلاف" وفي العبد يقول: "وفي الرقيق قيمته وإن زادت" وفي مسألة التولية والشركة يقول: "والأجرة عليه بخلاف الإقالة والتولية والشركة على الأرجح فكالقرض".

٣٤٣ ومقصد إن عارض اللفظ قفي ذاك وقيل ذا كندر حالف

إذا تعارض القصد واللفظ فهل يقدم اللفظ أو القصد؟ قولان؛ والصحيح تقديم القصد بمعنى أن القصد العرفي مقدم على مقتضى اللفظ لغة أو العكس على الآخر.

قوله قفي ذاك أي تبع المقصد فوصل لأنه إشارة للبعيد؛ وقوله وذا أي اللفظ لأنه إشارة للقريب، قوله كندر منون أشار به من نذر صوم يوم يقدم فلان فقدم نهارا هل يقضي لقصد الشكر أم لا للفظ؟ ومثله لو نذر صوم

شهر فالمقصد أنه يغلظ على نفسه؛ ولفظ الشهر يطلق على ثلاثين وعلى تسعة وعشرين والأصل براءة الذمة فاقتضى القصد ثلاثين واللفظ تسعة وعشرين حملا على الأقل كما مر.

قوله وحلف يروى بالمصدر وباسم الفاعل أشار به إلى من حلف لا يأكل لحما أو بيضا أو رؤوسا فهل يحنث بمثل لحم الحوت وبيضه ورؤوسه؟ قولان لابن القاسم وأشهب؛ فابن القاسم بنى على تقديم اللفظ؛ وأشهب بنى على تقديم المقصد. وكمن حلف لا آكل خبزا فأكل نحو الأطرية والهريسة والكعك، وكذلك لا آكل عسلا فأكل عسل الرطب. وكذلك من حلف لا أدخل على فلان بيتا فدخل عليه المسجد، وكمن حلف لا أكلمه فسلم عليه في الصلاة، وعلى عدم الحنث في الأخيرين مشى في خ إذ قال - مخرجا من مسائل الحنث للمسجد بعد قوله -: "وبالحمام في البيت ودار جاره وبيت شعر كحبس أكره عليه بحق لا بمسجد" وقال بعده: "ولا بسلامه عليه بصلاة"، وعلى الحنث مشى في الثلاث الأول إذ قال قبل ذلك: "وبلحم الحوت وبيضه وعسل الرطب في مطلقها وبكعك وخشكان وهريسة وأطرية في خبز"، والخشكان خبز محشو بالسكر والأطرية الشعرية، وعورض قول ابن القاسم وأشهب هنا بقوليهما فيمن وكل رجلا يشتري له ثوبا فاشترى ما لا يليق بالأمر؛ فابن القاسم قال إنه غير لازم للأمر، ورأى أشهب لزومه له، فراعى ابن القاسم العرف في الوكالة دون الأيمان وعكس أشهب، وأجيب بأنه لا يلزم من اطراد العرف في وجه أو في مسألة اطراده في مثل ذلك لجواز جريان العرف في أحدهما دون الآخر؛ والقياس لا يجري في المسائل العرفية.

ومن هذا من ظاهر قاصدا للطلاق فهل يلزمه الظهار أو الطلاق؟ قولان، جب: وفي تنويته ثالثها ينوى في الطلاق الثلاث، والمشهور أنه لا يقبل ويكون ظهارة ولا يلزمه الطلاق؛ وعليه مشى في خ إذ قال: "ولا ينصرف للطلاق".

٣٤٤ في الأخذ بالغالب أو أصل إذا تعارضا قولان لكن نبذا

٣٤٥ إجماعا أصل عارض الذي شهد وغالب في الدين قال من رشد

إذا تعارض الأصل والغالب هل يؤخذ بالأصل أو الغالب؟ فيه قولان. من ذلك خلاف مالك وابن حبيب في دعوى المبتاع الجهل بالعيب في موضع ظاهر لا يخفى غالبا. ومنها سؤر ما عادته النجاسة إذا لم تر على فيه وقت شربه.

ومنها أن يتزوج حر أمة فيدعي الغرور وتكرهه؛ ففي المصدق منهما قولان؛ قال أشهب يصدق الزوج لأنه ادعى الغالب؛ وحكى مثله عن ابن القاسم، وقال سحنون: القول قول السيد لأن الزوج مدع لحرية الولد. قال المقري: ما يحصل على تقديرين أقرب وجودا مما يحصل على تقدير واحد ثم اصعد كذلك؛ فإذا شربت الجلالة احتمل أن تكون لم تستعمل نجاسة إذ ذاك أو استعملتها ثم ذهبت بالكلية أو لم تلاق الماء وهذه تقتضي البقاء على الأصل؛ واحتمل أيضا أن تكون في فيها وقت شربها ولاقت الماء وهذا يقتضي النجاسة؛ لكن الأصل وهو الصحيح كراهته؛ وفي خ في تعداد المياه المكروهة: "وسؤر شارب خمر وما أدخل يده فيه وما لا يتوقى نجسا من ماء لا إن عسر الاحتراز منه أو كان طعاما كمشمش وإن ريئت على فيه وقت استعماله عمل عليها" وفيه أيضا في فصل الخيار في الأنكحة: "وقبل قول الزوج أنه غر".

وقول الناظم لكن نبذا إجماعا الخ هو استثناء من الخلاف الذي قبله؛ أي طرح بالإجماع الأخذ بالأصل إذا عارض الشهود؛ وإنما يتمسك بالشهادة ويلغى الأصل ونبذ الغالب في دعوى الدين.

وقوله قال من رشد أي إذا قال من رشد وإن كان أصلح الناس وأتقاهم الله أي يطالب فلانا بكذا من دين ونحوه فالقول قول المدعى عليه ونبذ قول الصالح التقي إجماعا؛ وإن كان صدقه هو الغالب اه قال الأبى: وإنما ألغى الغالب الذي هو صدق التقي لأن القلوب بيد الله يقبلها كيف شاء فيكون تقيا الزمن الطويل ثم ينعكس وبالعكس؛ ومعرفة هذا من الأمر الخفي فألغى الغالب هنا؛ وكلام الفقهاء في الغالب الذي لا يطرقه مثل هذا كجلد تداعاه قزاع ودباغ الغالب أنه للدباغ؛ والاستمساك بالبيينة والغالب الأصل معها إجماعا إنما هو من باب العمل بالخبر الذي لا يصح خلافه قوله عليه السلام: ((شاهدك أو يمينه)).

٣٤٦ في الأصل والظاهر أيضا علما مع تعارض كقبر قدما

أي علم القولان المتقدمان في الأصل والغالب أيهما يقدم في الأصل والظاهر أيضا؛ كالقبر القديم البالي فهل تجوز فيه الصلاة بناء على الأصل وهو بقاء ما كان على ما كان أو لا بناء على الظاهر وهو وجود العظام في القبر؟ وعلى الجواز مر في خ لقوله: "وجازت بمريض بقر وغنم كمقبرة ولو لمشرك"، ورد بلو قول ابن حبيب القائل أن من صلى في مقابر الكفار العامرة أعاد أبدا ولا إعادة عليه في الدارسة، وقال عبد الوهاب: تكره في الجديد من مقابر المسلمين والقديمة إن كانت منبوثة ما لم يجعل بينه وبينها

حصيرا، وتكره في مقابر المشركين، واختار اللخمي منع الصلاة فيها والجلوس عليها والاتكاء إليها.

٣٤٧	وغالبا قدم على ما ندرا	وهو شأن شرعنا وكثرا
٣٤٨	لكن عليه نادرا قد قدما	كالطين والنعل ونحو علما
٣٤٩	ومنه نسج مسلم لا يحترز	من نجس وثوبه كمن نبز
٣٥٠	بشرب أو ترك صلاة أو جهل	كثوب سوق وعن اللخمي نقل
٣٥١	في ثوب من ذكر أنه نجس	كالنوم لكن خفف الذي لبس
٣٥٢	في الرأس قيد ما عدا من شربا	وغسل ما قد شك فيه صوبا
٣٥٣	ونسج كافر وما قد صنعا	كفاسق من طعام وسعا
٣٥٤	فيه كلبس صبية ونقلا	معافري نجس وقبلا
٣٥٥	إن استقل ولد بالغسل	وكمبرز ووضع الحمل
٣٥٦	وشبه ما ذكر مما ارتكبا	من النوادر لمعنى أوجبا

قال القرافي: الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر وهو شأن الشريعة؛ كتقديمه في طهارة المياه وعقود المسلمين ويقصر في السفر ويفطر بناء على غالب الحال وهو المشقة، وتمنع شهادة الأعداء والخصوم لأن الغالب منهم الحيف، وهو كثير في الشريعة لا يحصى كثرة؛ وقد يلغي الشارع الغالب ويعتبر النادر رحمة بالعباد؛ كالطين والنعل ونحوهما الغالب عليهما النجاسة أي طين المطر الواقع في الطرقات وممر الدواب والمشي بالأدمسة التي يداس فيها في المراحيض والنعال الغالب عليها مصادفتها للنجاسة والنادر سلامتها منها فجاءت السنة بالصلاة بالنعال حتى قال بعضهم إن خلع النعال في الصلاة بدعة؛ وفي خ: "وكطين مطر وإن اختلطت العذرة بالمصيب لا إن غلبت وظاهرها العفو" وفيه أيضا: "وخف ونعل من روث دواب وبولها إن دلكا لا غيره" واشترط في العفو الدلك أي أن يمسح وخصه بالروث وأبوال الدواب لغلبتها على الطرقات اهـ ويدخل في قوله وشبه علما الرجل الحافية الغالب مصادفتها للنجاسة في الطرقات ومواضع قضاء الحاجات والنادر سلامتها؛ ومع ذلك جوز الشرع

صلاة الحافي كما جوز له الصلاة بنعله من غير غسل رجليه، وكان عمر رضي الله عنه يمشي حافيا ولا يعيب ذلك في صلاته لأنه يرى رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بنعليه، ومعلوم أن الحفاة أخف في تحمل النجاسة من النعال؛ وقدم الشرع حكم النادر على الغالب توسعة على العباد؛ وفي خ: "واختار إلحاق رجل الفقير وفي غيره للمتأخرين قولان.

وقوله ومنه نسج مسلم إلى قوله كثوب سوق يعني من النادر المقدم على الغالب نسج مسلم بكسر النون أي منسوجه الذي لا يحترز من النجس بالفتح أي النجاسة، وقوله وثوبه مرفوع عطف على نسج مسلم، وقوله جهل عطف على نبز أي جهله مشتريه بمعنى أنه جهل نجاسته وطهارته بأن لم يدر حال لابسها فالغالب على جميع ذلك النجاسة.

قال القرافي: ما ينسجه المسلمون الذين لا يصلون ولا يستنجون بالماء ولا يحترزون من النجاسة الغالب عليه النجاسة؛ وأثبت الشرع حكم النادر فيه وألغى حكم الغالب وجوز الصلاة فيه لطفا بالعباد. وكذلك ما يصنعه أهل الكتاب الغالب نجاسته وهو أشدهما لكثرة النجاسات؛ فألغى الشارع حكم الغالب وأثبت حكم النادر فجوز الصلاة فيه تغليبا لحكم النادر على الغالب لطفا بالعباد. وكذلك ما يلبسه العوام الذين لا يصلون ولا يتحرزون من النجاسات؛ وكذلك ما يلبسه الناس وبياع في الأسواق ولا يعلم لابسها كافر أو مسلم مخلط أو محترز؛ مع أن الغالب على أهل البلاد العوام والفسقة وتراكم الصلاة ومن لا يتحرز من النجاسات الغالب نجاسة هذا الملبوس والناذر سلامته؛ فأثبت الشارع في جميع ذلك حكم النادر وألغى حكم الغالب.

وقوله وعن اللخمي نقل في ثوب من ذكر أنه نجس إلى آخره؛ أي نقل عن اللخمي في ثوب المذكورين نجاسته؛ وقوله إنه نجس نائب عن فاعل نقل وفاعل خفف ضمير عائد على اللخمي؛ أي نقل عنه في ثوب المسلم الذي لا يحترز من النجس وثوب شارب الخمر وتارك الصلاة والمجهول كثوب السوق أن ذلك كله نجس كثياب النوم؛ لكن خفف الذي لبس في الرأس أي لابسها من لا يصلي، قيل وكلام اللخمي في ثوب رأس من لا يصلي مقيد بغير شارب الخمر؛ أما شاربه فثيابه كلها نجسة، وصوب اللخمي غسل ما شك فيه للجهد بحال لابسها؛ وعليه فصوب بالبناء للمعلوم وضبطه الناظم بالمجهول؛ قال في التبصرة: ثياب النوم وما لبس شارب الخمر ومن لا يصلي وما يحاذي الفرج ممن لا يحسن الاستبراء من العوام وزاد بعض المتأخرين ما تحت الفرج مما يصيبه البلل عند الجلوس كل هذا نجس؛ وجل النساء غير مصل؛ ولباس رأس من لا يصلي أخف وإن شك في حال لابسها فإنه يغسل استحبابا أهـ وما يستعمل في الرأس من منديل أو عمامة فالأمر

فيه أخف لأن الغالب سلامته من النجاسة كان البائع له ممن يصلي أم لا؛ وإن كان يشرب الخمر فلا يصلي في ذلك حتى يغسله اهـ وعلى هذا فلو قال الناظم قال بدل قيد لكان أحسن اهـ.

قوله ونسج كافر الخ أي منسوجه أي مما قدم فيه النادر على الغالب، فالغالب نجاسة ما ينسجه الكفار لما يباشرونه عند قضاء حاجة الإنسان ومباشرتهم الخمور والخنازير ولحوم الميتات وجميع أوانيهم نجسة لملايسة ذلك ويباشرون العمل في النسج مع بلة أيديهم وعرقها حال العمل؛ ويبلون تلك الأمتعة بالنشاء وغيره مما يقوي لهم الخيوط ويعينهم على النسج، وقد سئل مالك عن ذلك فقال ما أدركت أحدا يتحرز من الصلاة في مثل هذا؛ فأثبت الشرع فيه حكم النادر وألغى حكم الغالب رحمة بالعباد اهـ وفي خ: "ولا يصلى بلباس كافر بخلاف نسجه ولا بما ينام فيه مصل آخر ولا بثياب غير مصل إلا كراسه ولا بمحاذي فرج غير عالم".

تشبيهه: مثل منسوج الكافر مغسوله؛ ومثله أيضا مخيطه على ما ذهب إليه أبو عمران الفاسي؛ خلاف ما اقتصر عليه الوانغوي من أنه لا يصلى بما خاطه الذمي لنجاسة ريقه؛ قال: ولو صلى بخيط ورس في جيبه لم يعد كنسجهم كما في الخطاب اهـ

قوله وما قد صنعا كفاسق من كطعام وسعا فيه أي ما يصنعه أهل الكتاب من الأطعمة في أوانيهم؛ وما يصنعه المسلمون الذين لا يصلون ولا يستنجون بالماء ولا يتحرزون من النجاسة من الأطعمة؛ الغالب نجاسة كل ذلك والنادر سلامته فألغى الشرع حكم الغالب لطفًا بالعباد. قال بعض الشيوخ: وهو أشد مما ينسجونه لكثرة الرطوبات الآتلة إلى النجاسة اهـ

وقوله كلبس صبية جمع صبي تشبيهه بما تقدم؛ أي ثياب الصبيان النادر سلامتها؛ وجاءت السنة بصلاته صلى الله عليه وسلم بأمامة يحملها في الصلاة إلغاء لحكم الغالب وإثباتا لحكم النادر لطفًا بالعباد.

وقوله ونقلا معافري الخ أي نقل ابن العربي الإشبيلي المعافري في العارضة عن المذهب نجاسة ثياب الصبيان وقبل نقله هو؛ وقيل إن استقل الصبي بغسل حدثه فهو نجس وقبله طاهر لأن حاضنته تنظفه؛ ولفظه في كتاب العارضة: والصحيح عندي هذا التفصيل الخ اهـ وفي كلام سند أن ثياب الصبيان تحمل على النجاسة، وقال ابن ناجي: ثياب الصبيان محمولة على النجاسة حتى يتيقن الطهارة على الصحيح، وقال البوني بالعكس على ظاهر حديث أمامة، ونقل في شرحه الكبير على القولين من غير ترجيح اهـ قال الخطاب: والظاهر ما قاله ابن ناجي وابن العربي وهو الذي يؤخذ من كلام أبي الحسن الصغير اهـ

وقوله وكمبرز أي وكمبرز ادعى على فاسق، والمبرز بكسر الراء المشددة السابق في الصلاح إن ادعى على الغاصب الظالم درهما مثلاً؛ الغالب صدق المبرز والنادر كذبه ومع ذلك قدم الشرع حكم النادر وجعل القول قول الفاجر ليندرج الصالح مع غيره سدا لباب الفساد وبالذعاوي الكاذبة اهـ.

وقوله ووضع الحمل أي غالب الولد أن يوضع لتسعة أشهر فإذا جاء بعد خمس سنين أو أربع من امرأة طلقها زوجها دار بين أن يكون من زنى وهو الغالب وبين أن يكون تأخر في بطن أمه وهو نادر بالنسبة إلى وقوع الزنى في الوجود؛ فألغى الشارع الغالب وأثبت حكم النادر وهو تأخر الحمل رحمة بالعباد لحصول الستر عليهم وصونا لأعراضهم عن الشك ولحفظ الأنساب وسد باب ثبوت الزنا؛ كما اشترط تعالى في ثبوته أربع شهود مجتمعين سدا لبابه حتى يبعد ثبوته؛ وأمرنا أن لا نتعرض لتحمل الشهادة فيه وإذا تحملناها أمرنا أن لا نؤديها وأن نبالغ في الستر على الزاني ما استطعنا بخلاف جميع الحقوق اهـ وغالب الحمل أيضا أن لا يوضع إلا لتسعة أشهر والنادر أن يوضع في ستة فإذا تزوجت فجاءت بولد لستة أشهر جاز أن يكون من وطء قبل العقد وهو الغالب أو من وطء بعده وهو النادر؛ فإن غالب الأجنة لا توضع إلا لتسعة أشهر وإنما يوضع في الستة سقط في الغالب؛ فألغى الشارع الغالب وأثبت حكم النادر وجعله من الوطء بعد العقد لطفا بالعباد لحصول الستر وصون العرض اهـ وفي خ: " وإذا أتت بعدها بولد لدون أقصى أمد الحمل لحق الأب إلا أن ينفية بلعان بعدها" يعني بعد العدة اهـ.

وقوله وشبه ما ذكر مما ارتكبا من النوادر لمعنى أوجبا؛ قول لمعنى متعلق بارتكبا، والمعنى الذي اقتضى تقديم النادر في تلك المواضع التوسعة على العباد واللطف بهم وذلك كعقد الجزية مع أهل الذمة لتوقع إسلام بعضهم وهو نادر والغالب استمرارهم على الكفر وموتهم عليه.

وكالحصر والبسط التي قد اسودت من طول ما لبست يمشي عليها الحفاة والصبيان الغالب نجاستها وجاءت السنة بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد صلى على حصير قد اسود من طول ما لبس بعد أن نضحه بماء والنضح لا يزيل النجاسة بل ينشرها، وكالاشتغال بالعلم فإنه مأمور به مع أن غالب الناس الرياء وعدم الإخلاص والنادر الإخلاص؛ ومقتضى الغالب النهي عن الاشتغال بالعلم لأنه وسيلة إلى الرياء ووسيلة المعصية معصية فلم يعتبره الشرع وأثبت حكم النادر، وكالمتداعيين أحدهما كاذب قطعاً والغالب أن أحدهما يعلم بكذبه والنادر أن يكون لكل منهما شبهة؛ وعلى التقدير

الأول يكون تحليفه سعياً في وقوع اليمين الفاجرة؛ فكان حراماً غايةً أنه يعارضه أخذ الحق وإلجاؤه إليه وذلك إما مباح وإما واجب وإذا تعارض المحرم والواجب قدم المحرم؛ ومع ذلك ألغى الشارع حكم الغالب وأثبت حكم النادر لطفاً بالعباد في تخليص حقوقهم.

وكذلك القول في اللعان الغالب أن أحدهما كاذب، وكتعمير المفقود إلى سبعين سنة فإن الموت في الشبان أكثر إذ لو كان الشبان يعيشون لصاروا شيوخاً فيكثر الشيوخ لكنهم في الوجود أقل؛ ومع ذلك فقد شرع صاحب الشرع التعمير إلغاءً لحكم الغالب وإثباتاً لحكم النادر لطفاً بالعباد، وكندب الشرع للنكاح رجاءً أن يخرج رجل صالح مسلم بين الزوجين والغالب الجهل بالله والإقدام على المعاصي؛ ومقتضى هذا الغالب أن ينهى عن النكاح لا سيما على مذهب من يكفر المقلد ولكنه حكم بالنادر وغلب على الغالب، ونظائر هذه كثيرة.

ومع هذا كله فالأصل اعتبار الغالب وإلغاء النادر؛ والفرد المتردد بينهما يحمل على الغالب إن كان ذلك الفرد من جنس الغالب وإلا فلا؛ فالعام الذي لا قرينة على تخصيصه يحمل على عمومته وإن كان التخصيص في العام أكثر؛ حتى قال ابن عباس: ما من عام إلا وقد تخصص إلا قوله تعالى: **وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ** اهـ

ولم يتعرض الناظم لما ألغى فيه الغالب والنادر معاً وذكره القرافي قال: كشهادة الصبيان في الأموال إذا كثر عددهم جداً؛ الغالب صدقهم والنادر كذبهم ولم يعتبرهم الشرع بل أهملهم رحمةً بالمدعى عليه بخلاف القتل والجراح فقد قبلهم مالك وجماعة.

وكشهادة الجمع الكثير من جماعة النساء في أحكام الأبدان؛ الغالب صدقهن والنادر كذبهن لا سيما مع العدالة؛ فلم يحكم بصدقهن ولا كذبهن وفي خ: **"إلا الصبيان لا نساء في كعرس في جرح أو قتل"**.

وكالجمع الكثير من الأحرار والرهبان إذا شهدوا؛ الغالب صدقهم والنادر كذبهم وألغيا معاً وفي خ: **"العدل حر مسلم"**.

وكالجمع الكثير من الفسقة؛ الغالب صدقهم والنادر كذبهم وفي خ: **"بلا فسق"**.

وكشهادة ثلاثة عدول في الزنى؛ الغالب صدقهم والنادر كذبهم ولم يحكم الشرع بهم سترًا على المدعى عليه بل أقام عليهم الحد من حيث أنهم قذفة لا من حيث أنهم شهدوا، وفي خ: **"وللزنى واللواط أربعة"** وقال في الرجوع عن الشهادة: **"وحد شهود الزنى مطلقاً كرجوع أحد الأربعة قبل الحكم"** فأوجب الحد على الثلاثة لرجوع الرابع.

وكشهادة العدل الواحد في أحكام الأبدان؛ الغالب صدقه والنادر كذبه وألغيا معا؛ وفي خ: "ولما ليس بمال ولا آئل له كعتق ورجعة وكتابة عدلان وإلا فعدل وامرأتان أو أحدهما ويمين كأجل وخيار" الخ.

وكحلف المدعي وهو من أهل الخير والصلاح؛ الغالب صدقه والنادر كذبه ولم يقض الشرع بصدقه فيحكم له بيمينه بل لا بد من البينة، وفي خ: " وإن أنكر قال ألك بينة " وفيه أيضا: " وإن أنكر مطلوب المعاملة فالبينة" فعمم ولم يخصص، وصرح ابن عاصم في التحفة بالعموم في قوله :

والمدعي مطالب بالبينة وحالة العموم فيه بينة

وكرواية الجمع الكثير بخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم من الأحناف والرهبان المتدينين المعتقدين تحريم الكذب في دينهم؛ الغالب صدقهم والنادر كذبهم وألغي سدا لذريعة أن يدخل في الدين ما ليس فيه.

وكرواية الجمع الكثير من الفسقة وهم رؤساء عظماء كالملوك والأمراء؛ الغالب صدقهم لأن لهم وازعا طبيعيا يمنعهم الكذب معرفة لا دينيا؛ وألغي ذلك وجعل الضابط العدالة .

وكرواية الجمع الكثير من المجاهيل للحديث النبوي فكذلك. وكأخذ السراق المتهمين بالسرقة بالتهمة وقرائن أحوالهم كما يفعله الأمير اليوم دون الإقرار الصحيح والبيانات المعتبرة؛ الغالب مصادفتهم الصواب والنادر خطؤهم؛ ومع ذلك ألغاه الشرع صونا للأعضاء والأطراف عن القطع.

وكأخذ الحكام بقرائن الأحوال من المتكلم وكثرة الشكوى والبكاء مع كون الخصم مشهورا بالفساد والعناد فالغالب مصادفته للحق والنادر خطؤه؛ ومع ذلك منعه الشارع منه وحرمه، ولا يضر الحاكم ضياع حق لا بينة عليه.

وكمن وجد بين فخذي امرأة وهو متحرك حركة الواطئ وطال قرانه معها في ذلك أنه قد أولج والنادر عدم ذلك؛ فإذا شهدوا عليه بذلك ألغى الشارع هذا الغالب ولم يحكم بوطنه ولا بعدم وطنه.

وكشهادة المبرز لولده الغالب صدقه والنادر كذبه، وألغيا معا وكذلك والده؛ وفي خ: "ولا متأكد القرب كأب وإن علا وأم وزوجهما وولد وإن سفل".

وكشهادة المبرز على خصمه؛ وشهادة الحاكم على نفسه إن كان عدلا وشهادة المبرز لنفسه.

وكالقرء الواحد في العدة الغالب منه براءة الرحم والنادر شغله؛ وألغيا شرعا حتى ينضاف إليه قرآن آخران؛ وفي خ: "والجميع للاستبراء لا الأول فقط على الأرجح" .

وكمن غاب عن امرأة سنين ثم طلقها أو مات عنها الغالب براءة الرحم
والنادر شغله؛ وقد ألغيا وأوجب استئناف العدة بعد الوفاة والطلاق لأن
وقوع الحكم بغير سببه غير معتد به اهـ كلام القرافي باختصار.

فصل

في القضاء والشهادة.

٣٥٧ المدعى عليه من يوافقه عرف وأصل بعضهم يحقّقه

٣٥٨ بأنه أقرب خصمين سبب وال ضد مدع كناظر طلب

قوله سبب تمييز وقف عليه بالسكون وهي لغة ربّعة، وقوله وال ضد مدع أي على كلا التعريفين للمدعى عليه، قوله كناظر طلب يعني به الوصي على اليتيم طلبه بدفع ماله إليه.

قال القرافي: المدعي والمدعى عليه يلتبسان لأنه ليس كل طالب مدعيا ولا كل مطلوب مدعى عليه؛ ولالأصحاب في الفرق بينهما عبارتان: إحداهما أن المدعي هو أبعد المتداعيين سببا والمدعى عليه هو أقرب المتداعيين سببا، والعبارة الثانية وهي توضح الأولى: المدعي من كان قوله على خلاف الأصل والعرف والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل و عرف. وبين ذلك بالمثل أن اليتيم إذا بلغ وطلب من الوصي ماله فزعم أنه دفعه إليه فإنه مدعى عليه، والوصي المطلوب مدع فعليه البينة لأن الله تعالى أمر الأوصياء بالإشهاد على اليتامى إذا دفعوا إليهم أموالهم فلم يأتهم على الدفع بل على التصرف والإنفاق خاصة؛ وإذا لم يكونوا أمناء كان الأصل عدم الدفع فهذا طالب واليمين عليه لأنه مدعى عليه والوصي مطلوب وهو مدع عليه البينة، قال صلى الله عليه وسلم: ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر)). وأما الأصل وحده من غير ظاهر ولا عرف كمن ادعى على شخص دينا أو غصبا أو جناية أو نحوها فالأصل عدم هذه الأمور؛ ويكون القول في ذلك قول المطلوب مع يمينه لأن الأصل يعضده ويخالف الطالب وهذا مجمع عليه؛ وإنما الخلاف فيما قبله من ترجيح المدعى عليه بالعوائد وظاهر الأحوال والقرائن كاختلاف الزوجين في متاع البيت فالقول قول الزوج فيما يشبه قماش الرجال والقول قول المرأة فيما يشبه قماش النساء أي مع اليمين فيهما وخالفنا الشافعي، وظهر لك بهذا قول الأصحاب أن المدعى عليه هو أضعف المتداعيين سيما والمدعى عليه هو أقواهما سببا اهـ

وقال الحافظ ابن حجر: المدعي من يخالف قوله الظاهر والمدعى عليه بخلافه، ويقال أيضا: المدعي من إذا سكت ترك وسكوته والمدعى عليه من إذا سكت لم يترك. والحد الأول أشهر والثاني أسلم. وقد أورد على الأول المودع إذا ادعى الرد أو التلف فإن دعواه تخالف الظاهر ومع ذلك فالقول

قوله اهـ وفي خ: "وأمر مدع تجرد قوله عن مصدق بالكلام" ثم قال: "ثم مدعى عليه ترجح قوله بعهود أو أصل بجوابه".

٣٥٩	طلب ما بذمة المعين	أو المعين كثوب بين
٣٦٠	أو مترتب عليه ما ذكر	كمراة ووارث إن اعتبر
٣٦١	شرعا وإلا لا كعشر سمسمه	دعوى صحيحة وجهلا عدمه
٣٦٢	ولم تكذب عادة وحققا	وغير ض صح به تعلقا

هذا بيان الدعوى الصحيحة والدعوى الباطلة؛ قوله طلب ما بذمة المعين مبتدأ وخبره دعوى صحيحة، وقوله أو المعين عطف على ما أي طلب ما بذمة الشخص المعين أو طلب المعين نفسه كثوب طاهر معين، قوله ومترتب عطف على ما أيضا؛ وفاعل مترتب هو قوله ما ذكر، وما واقعة على ما بذمة المعين والمعين أي ومترتب عليه أحدهما، وقوله إن اعتبر شرعا ضمير اعتبر يعود على ما أي إن اعتبر المطلوب المدعى فيه شرعا وإلا لا وأن لا يعتبر شرعا فلا تصح الدعوى؛ حذف الفاء في جواب الشرط كقوله: من يفعل الحسنات الله يشكرها، وقوله وجهلا عدمه: جهلا منصوب بفعل تفسيره عدمه والمفسر المحذوف معطوف على اعتبر؛ أي اعتبر المدعى فيه شرعا وعدم جهلا عدمه؛ وكتب عليه الناظم بخطه جملة حالية؛ وعليه فتقدر قد أي وقد عدم جهلا اهـ وقوله ولم يكذب عادة معطوف على اعتبر؛ وكذا قوله وحققا أي المطلوب اهـ.

قال القرافي: الدعوى الصحيحة طلب ما في ذمة معين أو ما يترتب عليه أحدهما معتبر شرعا لا تكذبها عادة، فالأول كدعوى السلعة المعينة أنه اشتراها أو غصبت منه؛ والثاني كالديون والسلام، ثم المعين الذي يدعى في ذمته قد يكون معيناً بالشخص كزيد أو بالصفة كدعوى الدية على العاقلة والقتل على جماعة وأنهم أتلّفوا مالا متمولا، والثالث كدعوى المرأة الطلاق أو الردة على زوجها فيترتب لها حوز نفسها وهي معينة؛ أو الوارث أن موروثه مات مسلما أو كافرا فيترتب عليه الميراث المعين فهي مقاصد صحيحة، وقولنا معتبر شرعا احترازاً من دعوى عشر سمسمه فإن الحاكم لا يسمع مثل هذه الدعوى فإنه لا يترتب عليها نفع شرعي؛ ولهذه الدعوى أربعة شروط: أن تكون معلومة محققة لا تكذبها العادة يتعلق بها غرض صحيح.

ثم قال القرافي أيضا: ينتقض قول أصحابنا وقول الشافعي أن من شروط الدعوى أن تكون معلومة؛ فإن الإنسان لو وجد وثيقة في تركة موروثه أو أخبره عدل بحق له فالمنقول جواز الدعوى بمثل هذا والحلف بمجردنا عندنا وعند الشافعية؛ مع أن هذه الأسباب لا تفيد إلا الظن فإن العلم في نفس الطلب وليس كذلك وإن أرادوا بذلك أن التصريح فالظن يمنع الصحة السكوت عن لفظ الظن لا يقدر فهذا مانع إلا إن عدمه شرط، وأيضا فما جاز الإقدام معه لا يكون التصريح به مانعا كما لو شهدوا بالاستفاضة وبالسماح وبالظن في الفلوس وحصر الورثة وصرح بمستنده في الشهادة، وقال بعض الشافعية: يقدر تصريح الشاهد بمستنده في ذلك؛ وليس له وجه فإن ما جوزه الشرع لا يكون النطق به منكرا وهذا مقتضى القواعد اهـ.

وقال المازري: وعندي أنه لو قال لي عليه شيء صورنا فيه أن الطالب أيقن بعمارة ذمة المطلوب بشيء وجهل مبلغه وأراد أن يجاوبه عن ذلك إما بإقرار ما ادعى عليه وذكر المبلغ وإما بالإنكار له من أصله للزوم الجواب اهـ. وفي خ: "فيدعي بمعلوم محقق قال - أي المازري - وكذا شيء" وقال ابن فرحون: أما لو قال لي عليه شيء من فضلة حساب لا أعلم قدرها وقامت عليه بينة أنهما تحاسبا وبقيت عنده بقية لا علم لهم بقدرها فدعواه في هذه الصورة مسموعة، وكذا لو ادعى حقا في هذه الدار أو الأرض وقامت له بينة أن له فيها حقا لا يعلمون قدره فهذه مسموعة اهـ قال الحطاب: قوله أما لو قال الخ يدل على أن هذا يسمع بلا خلاف.

وقال القرافي: والدعوى ثلاثة أقسام: قسم تصدقه العادة كدعوى الغريب الوديعة، وقسم تكذبه العادة كدعوى الحاضر الأجنبي ملك دار في يد زيد وهو حاضر يراه يهدم ويبني ويؤجر مع طول الزمن من غير وازع يزعه عن طلب من رغبة أو رهبة؛ فلا تسمع دعواه لظهور كذبها والسماح إنما هو لتوقع الصدق؛ فإذا تعين الكذب عادة امتنع رفع الصدق. والقسم الثالث: لم تقض العادة بصدقها ولا بكذبها كدعوى المعاملة؛ ويشترط فيها الخلطة اهـ.

وقال المقرئ: لا يعتبر الشرع من المقاصد إلا ما تعلق به غرض صحيح من جلب مصلحة أو درء مفسدة؛ ولذلك لا يسمع الحاكم الدعوى في الأشياء التافهة الحقيرة؛ ولا يمكن المستأجر ونحوه من قلع ما لا قيمة له بعد القلع، ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا عين صاعا من صبرة وباعه أنه لا يتعين وإن قالت المالكية بتعيينه؛ وأن لا تتعين العين لذاتها وإن اختلفوا فيه. والدعوى الصحيحة طلب معين أو ما في ذمة معين أو ما يترتب عليه نفع معتبر

شرعا بحيث لا تكذبه العادة؛ كدعوى المرأة الطلاق فيترتب لها حوز نفسها؛ والوارث أنه مات موروثه مسلما فيترتب له الميراث اهـ .
وقال ميارة: فدعوى الهبة والوعد على القول بعدم اللزوم فيهما تعلق بها غرض صحيح في نفسه وهو غير معتبر شرعا؛ وإن فسرنا الصحة بالصحة الشرعية ترادف قولنا في حد الدعوى الصحيحة إن تعلق بها غرض صحيح مع قولنا إن اعتبر ذلك شرعا؛ أي فليس اشتراط الغرض الصحيح أشمل كما قاله المنجور وميارة اهـ.

٣٦٣ وكل ما ثبوتها مقيد بشاهدي عدل فإن تجرد

٣٦٤ فلا يمين مطلقا

هذا بيان محل عدم توجه اليمين، قوله وكلما واقعة على دعوى، قوله تجرد هو على حذف إحدى التاءين أي فإن تجرد الدعوى التي لا تثبت إلا بشاهدين عن شهادة فلا يمين؛ ويصح فيه ضم التاء مبنيًا للمجهول وضبطه الناظم بهما اهـ جب: وكل دعوى لا تثبت إلا بشاهدين فلا يمين بمجردا ولا ترد كقتل العمد والنكاح والعنق والنسب والولاء والرجعة اهـ وتبعه في خ فقال: "وكل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردا كنكاح".
فإن لم تتجرد الدعوى بل اقترنت بشاهد واحد فإن اليمين تتوجه على المدعى عليه لرد شهادة الشاهد فيما عدا النكاح على معروف المذهب؛ ولذلك قال في خ: "وحلف بشاهد في طلاق وعنق لا نكاح"، وقال جب: ويطلب المشهود عليه في النكاح والطلاق والعنق أن يقر أو يحلف فإن امتنع فالأخيرة أن يحبس لهما لا أن يحكم بالشهادة، ضيح: ومساواته النكاح لهذين خلاف المعروف؛ نعم حكى ابن الهندي قولاً بوجود اليمين في النكاح كما يجب في غيره لأن النكاح أشبه بالبيع؛ واستقرأ أيضا مما لابن القاسم في الموازية ومما في الواضحة.

٣٦٤ نعم تجب إن نفي القيد وكان ما طلب

٣٦٥ مستوفيا شروط ما تقدا ومشبها كمن بسوق علما

هذا بيان محل توجه اليمين؛ أي تجب اليمين إن نفي قيد اشتراط شاهدي عدل مع استيفاء الشروط المتقدمة في الدعوى الصحيحة، وقوله علما صلة من أي كمن علم بسوق.

قال القرافي: قاعدة الذي يلزمه الحلف كلما توجهت عليه الدعوى صحيحة مشبهة؛ فقولنا صحيحة احترازا من المجهولة أو غير المحررة وما فات فيه شرط من شروط الدعوى الصحيحة، وقولنا مشبهة احترازا من التي يكذبها العرف كدعوى معاملة بلا خلطة اهـ.

وشروط الدعوى الصحيحة هي التي أشار لها الناظم بقوله طلب ما بذمة المعين الخ. وقال القرافي أيضا: الدعوى على ثلاثة أقسام: ما يكذبها العرف وما يشهد لها وما لم يتعرض بتكذيبها ولا لتصديقها؛ فما شهد لها كدعوى سلعة معينة بيد رجل أو دعوى غريب وديعة عند جاره أو مسافر أنه أودع أحد رفقاءه وكالدعوى على الصانع المنتصب أنه دفع إليه متاعا ليصنعه أو على أهل السوق المنتصبين للبيع أنه اشترى من أحدهم أو يوصي في مرض موته أن له دينا عند رجل؛ فيشرع التحليف هاهنا بغير شرط وتتفق الأئمة فيها؛ والتي شهد العرف بأنها غير مشبهة هي دعوى دين وليس على من تقدم فلا يستحلف إلا بإثبات خلطة اهـ.

وفي خ: " ثم مدعى عليه ترجح قوله بمعهود أو أصل بجوابه إن خالطه بدين أو تكرر بيع وإن بشهادة امرأة لا ببينة جرحت إلا الصانع والمتهم والضيف وفي معين والوديعة على أهلها والمسافر على رفقته ودعوى مريض أو بائع على حاضر المزايمة " اهـ ونبه ابن غازي على أن قول خ إن خالطه إنما هو شرط في توجه اليمين ضد من يقول بالخلطة لا في الجواب كما هو ظاهر لفظ خ.

٣٦٦ والحكم والثبوت شيء اتحد وقيل غيران نعم هذا أسد

٣٦٧ وخصص الكل كما قد عمما نهوض حجة ثبوت رسما

٣٦٨ والحكم إنشاء كلام قررا في النفس إلزاما

الحكم والثبوت قيل هما شيء واحد لا فرق بينهما وقيل غيران، وهذا القول أسد من القول باتحادهما أي أظهر سدادا، وقوله وخصص الكل كما قد عمما أي جعل كل واحد من الحكم والثبوت أخص من الآخر وأعم؛ بمعنى أن بينهما عموما وخصوصا من وجه، قوله نهوض حجة ثبوت رسما أي الثبوت رسم أي عرف بنهوض الحجة فانتصب نهوض بعد إسقاط الخافض، وقوله والحكم إنشاء كلام قررا في النفس إلزاما على الحال من ضمير قرر.

قال القرافي: اختلف في الثبوت والحكم هل هما بمعنى واحد أو الثبوت غير الحكم؟ والعجب أن الثبوت يوجد في العبادات والمواطن التي لا حكم فيها بالضرورة إجماعاً، فيثبت هلال شوال وهلال رمضان؛ وتثبت طهارة المياه ونجاستها؛ ويثبت عند الحاكم التحريم بين الزوجين بسبب الرضاع والتحليل بسبب العقد، ومع ذلك لا يكون شيء من ذلك حكماً، وإذا وجد الثبوت بدون الحكم كان أعم من الحكم؛ والأعم من الشيء غيره بالضرورة، ثم الذي يفهم من الثبوت نهوض الحجة كالبيينة وغيرها السالمة عن المطاعن؛ فمتى وجد شيء من ذلك يقال في عرف الاستعمال ثبت عند القاضي ذلك، وعلى هذا التقدير يوجد الحكم بدون الثبوت أيضاً كالحكم بالاجتهاد فيكون كل واحد منهما أعم من الآخر وأخص من وجه، ثم ثبوت الحجة مغاير للكلام النفسي الإنشائي الذي هو الحكم فيكونان غيرين بالضرورة، ويكون الثبوت نهوض الحجة والحكم إنشاء كلام في النفس هو إلزام والحكم يترتب على هذا الثبوت؛ وهذا فرق آخر من جهة أن الثبوت يجب تقديمه على الحكم، ومن قال بأن الثبوت هو الحكم لم يتحقق له معنى ما هو اهـ.

وهذا الذي استظهره القرافي هو الذي للإمام المازري، ابن عبد السلام: ولا يكون قول القاضي ثبت عندي حكماً منه بمقتضى ما ثبت عنده؛ فإن ذلك أعم منه، وأوجب هذا البيان أن بعض من ينتمي إلى علم الأصول من أهل القيروان غلط في ذلك فألف الإمام المازري جزءاً في الرد عليه، قال المازري: حدث سؤال أفنتيت فيه وجميع من يستفتى بالمهدية بجواب واحد وعلى أن ما خالفه باطل فاسد، فظن بعض من نشأ هنا ممن ينتسب إلى الفقه أنه خفي شأنه وأهمله زمانه فأراد أن يعلم إخوانه بمخالفته إيانا محلنا ومكانه، وذلك أن بعض القضاة أنفذ كتاباً لقاض ذكر فيه: وثبت لدي أن فلانا وفلانا اشتريا من فلان في عقد واحد وكذا وكذا بينهما بثمن سماه ثم ذكر بعد ذلك ما يتعلق به؛ فسألني الحامل لهذا الكتاب إنهاء جميع ما فيه للقاضي ليفعل فيه موجهه؛ فاتفق رأي الجماعة الذين استرشدوا فيه على أنه لا يوجب نقل ملك البائع فتعلق به الأحكام التابعة لنقل الملك من الشفعة وغيرها؛ وعن تعلق الشفعة وقع الكلام. والدليل على أن هذا الكتاب لا يوجب على الشريك أخذ الشفعة أو تركها أنها لا تجب إلا بعد انتقال الملك لأن بيع الخيار لا تجب فيه الشفعة ما لم يبت؛ والملك قد انتقل فيه على أحد القولين عندنا؛ والملك لا يثبت انتقاله إلا إذا اعترف به المتعاقدان أو حكم به عليهما عند الإنكار، وهذا الكتاب لم يذكر فيه اعتراف البائع بالبيع ولا صرح من بعثه بأنه حكم بالبيع وقضى به بل أورد لفظاً محتملاً للحكم ولما سواه؛ ولا تلزم القضايا والأحكام بلفظ فيه إشكال وإيهام، وهذا مما لا

يختلف فيه أحد من نوي الأفهام. واللفظ الذي أشرنا إليه بالاحتمال هو قول القاضي: وثبت عندي أن فلانا اشترى من فلان، وقوله ثبت عندي لفظ يتردد بين ثبوت حكم وقضية وبين استماع لما أثبتته من بينة زكيت دون إيقاع حكم وإبرام قضية، فإن تعسف متعسف ورأى أن الثبوت نص في القضايا والأحكام قلنا له إنما يتحاكم في هذا لأهل اللسان وأرباب البيان، ووجدنا أهل اللسان يقولون ثبت عندنا موت الخليفة وخصب أرض كذا وثبت عندنا ظلم فلان وعداوته، إلى غير ذلك مما علموه بالخبر عنه وتلقوه بالقبول من أفواه العدول مما لا يصح أن ينتصب له الحكام أو تطلب فيه القضايا والأحكام، وجملة الأمر أن المعنى بالثبوت لغة حصول الأمر وتحققه؛ ولهذا حد بعض المتكلمين العلم بأنه إثبات المعلوم على ما هو به وإن كان هذا الحد مرغوبا عنه عندنا، والروايات مبسوسة بصحة ما قلناه، قال أشهب: إذا كتب قاض إلى قاض بأمر مختلف فيه والمكتوب إليه لا يرى ذلك الرأي فإن كتب أنه حكم بما في كتابه وأنفذه جاز ذلك وأنفذه هو؛ وإن لم يكن قطع فيه الحكم وإنما كتب بما ثبت عنده للخصم فلا ينبغي له أن يعمل برأي الكاتب، ومثله لابن حبيب عن الأخوين، وفي الموازية: يجب إنفاذ ما في كتاب القاضي إن كان فيه إني قضيت لفلان على فلان؛ وإن لم يكن في الكتاب الفراغ من الحكم فعلى المكتوب إليه أن يتم الحكم ولا يستأنفه.

ابن عرفة: مسألة النزاع بين المازري ومنازعه مبنية على تحقيق أمرين؛ أحدهما أن فاعل ثبت في كتاب القاضي لقاض آخر بلفظ ثبت كذا هل هي بمنزلة المقضي به عنده أم لا؟ والحق أنه مختلف فيه على قولين: أحدهما أنه ليس كالمقضي به وهو ظاهر قول ابن رشد حيث قال في مسألة تسمية القاضي في كتابه من شهد عنده ما نصه: لأن كتاب القاضي بما يثبت عنده على رجل في بلد المكتوب إليه ليس بحكم على غائب، والثاني أنه كالمقضي به وهو فهم ابن رشد المذهب حيث قال: إن كتب ثبوت شهادة البينة فقط لم يأمر بإعادة شهادتهم وإن كتب بتعديلهم وبقبوله إياهم الخ، ولفظ المازري في شرح التلقين نص في أنه مختلف فيه بين العلماء ولم يصرح فيه عن المذهب بشيء، ونقل المازري عن أشهب يقتضي أنه ليس كالمقضي به. الأمر الثاني هو أن مسمى اشترى هل يقتضي ثبوت ملك المشتري مفعول اشترى وهو المشتري أم لا؟ فالمازري ومن ذكر معه أنه وافقه على فتواه من فقهاء المهديّة يقول أنه لا يقتضي ملكه، وخصمه يقول يقتضي ملكه، ابن عرفة: وهذا هو مقتضى ألفاظ المدونة عندي منها ومنها الخ.

٣٦٨	وقد تأثرا
٣٦٩	به الذي تقاربت مداركه	وباجتهاد تنجلي مسالكه	
٣٧٠	لأجل ما يصلح من دنيا وقد	اختص بالفتيا جميع ما ورد	
٣٧١	من العبادات وما قد منعنا	منها وأسباب شروط جمعها	
٣٧٢	وما للآخرة فيه اختلفا	ورسمها أخبار من قد عرفا	
٣٧٣	بأنه أهل بحكم شرعا	والحكم وهي في سواها اجتماعا	
٣٧٤	وربما شاركها فيما ذكر	من الزكاة أيضا أن له افتقر	

وفي نسخة عوض البيت الأخير:

وفي الزكاة اشتركا إذا بدا من الغنى أو من الغير اعتدى

قوله وقد تأثرا الخ تأثر مطاوع أثر أي أثر الحاكم هذا فتأثر هذا الذي تقاربت مداركه؛ وهذا إتمام حد الحكم في الأبيات قبل هذا من قوله:

الحكم إنشاء كلام قررا في النفس إلزاما وقد تأثر

يعني أن حكم الحاكم إنما يؤثر إذا أنشأه في مسألة اجتهادية تتقارب فيها المدارك لأجل مصلحة دنيوية؛ فاشتراط قيد الإنشاء احتراز من حكمه في موانع الإجماع فإن ذلك إخبار وتنفيذ محض؛ وفي موانع الخلاف ينشئ حكما وهو إلزام أحد القولين الذين قيل بهما في المسألة؛ ويكون إنشأؤه إخبارا خاصا عن الله تعالى في تلك الصورة، واشتراط قيد تقارب المدارك يخرج الخلاف الشاذ على المدرك الضعيف؛ وقيد المصالح الدنيوية يخرج العبادات والفتوى بتحريم السباع وطهارة الأواني وغير ذلك مما يكون اختلافا لمجتهدين فيه لا للدنيا بل للآخرة؛ بخلاف المنازعة في العقود والأموال والرهن والأوقاف ونحوها إنما ذلك لمصالح الدنيا.

بهذا ظهر أن الأحكام الشرعية قسمان: منها ما يقبل حكم الحاكم مع الفتيا فيجتمعان فيه، ومنها ما لا يقبل إلا الفتيا، والفتيا تقال بضم الفاء مع الياء؛ ويقال الفتوى بالضم والفتح مع الواو وهي اسم لما أفتى به الفقيه؛ اجتمعت مع الحكم في سوى العبادات وأسبابها وشروطها وموانعها وما اختلف فيه للآخرة؛ وربما شارك الحكم الفتيا كما في الزكاة إن افتقر له أي الحكم إذا بدا من الغنى اعتداء على الفقير؛ أو بالعكس بأن يتنازعا في المال فالحكم

بأخذ الزكاة من الغني إن صادف حكم الله وأصابه؛ فالغني هو الذي اعتدى على الفقير في منازعته وامتناعه من دفع الزكاة له، وإن أخطأه ولم يصبه فالفقير هو الذي اعتدى على الغني في أخذه ماله من غير موجب، إلا أن هذا اعتداء بحسب ما في نفس الأمر وإلا فكل منهما معذور لا إثم عليه في التقديرين اهـ وهذا بناء على قول المخطئة اهـ فأخذ الزكاة في مواطن الخلاف فتوى وحكم من حيث تنازع بين الفقراء والأغنياء في المال الذي هو مصلحة دنيوية، وأما إخبار الحاكم عن نصاب اختلف فيه أنه يوجب الزكاة فتوى، والفتوى إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة والحكم إخبار عن معنى الإنشاء والإلزام من قبل الله تعالى، فالمفتي كالمترجم عن الله تعالى والحاكم كالنائب ينشئ الأحكام والإلزام بين الخصوم؛ وليس بناقل ذلك عن مستند بل قال له أي شيء حكمت به على القواعد فقد جعلته حكمي، فالمفتي ينقل ويخبر والحاكم ينشئ اهـ من القرافي باختصار. واعترض ابن الشاطب بعضه وسلم بعضه.

وقول الناظم إخبار من عرفا بأنه أهل بحكم شرعا أشار بهذا إلى صفة المفتي؛ قال في المدونة: لا ينبغي لطالب العلم أن يفتي حتى يراه الناس أي العلماء أهلا للفتوى؛ ويرى هو نفسه أهلا لذلك بأن يعلم من نفسه أنه كملت فيه آلات الاجتهاد إن كان مجتهدا؛ وأما المقلد فقال المازري: من يفتي هذا الزمان أقل أحواله أن يكون مطلعاً على روايات المذهب وتأويل الأشياء وتوجيههم ما اختلفت ظواهره بعضها مع بعض وتشبيههم مسائل بمسائل قد يسبق إلى الفهم تباعدها إلى غير ذلك مما بسطه الأشياخ؛ فهذا العدم المجتهد يقتصر على نقله اهـ وذكر المنجوري الخلاف في جواز إفتاء المقلد اهـ وفي جب: ونقل الأملاك وفسخ العقود وشبه ذلك واضح أنه حكم وفتواه في واقعة واضح أنه ليس بحكم، وفي خ: "ونقل ملك وفسخ عقد أو تقرير نكاح بلا ولي حكم لا أجزه أو أفتي" اهـ

- | | |
|-----------------------------|---------------------------|
| ولا يؤدي أخذه لعيبه | ٣٧٥ وكلما تعين الحق به |
| مما على ثبوته قد أجمعا | ٣٧٦ لفتنة أو لفساد سمعا |
| أضداد ما ذكر كالذ نقلا | ٣٧٧ فليس يحتاج لحاكم بلى |
| يحتاج كالإنفاق للتقدير | ٣٧٨ مما للاجتهاد والتحرير |
| إلى فساد العرض أو خوف الدما | ٣٧٩ أو ما يؤدي لخيانة وما |

هذا بيان الفرق بين ما لا يحتاج إلى الدعوى والرفع إلى الحاكم وبين ما يحتاج إلى ذلك، قوله به أي فيه فالباء ظرفية؛ والضميران في أخذه لعيبه عائدان على الآخذ اسم فاعل من أخذ؛ أي ولا يؤدي أخذ الآخذ لعيب نفسه، وقوله لفتنة أو لفساد بدل من عيبه أي ولا يؤدي أخذه لفتنة أو لفساد، وقوله سمعا الجملة خبر كلما أي كلما اجتمعت فيه القيود المذكورة مسموع أي معتبر مقبول؛ أو نعت لفساد أي فساد () لفساد العرض أو العضو، قوله مما على ثبوته الخ أي حال كون هذا الذي تعين الحق به مما قد أجمع عليه احترازا من المختلف فيه، قوله فليس يحتاج لحاكم خبر كل إن كانت جملة () نعتا لفساد وقرنت بالفاء لشبهه بالشرط في العموم والإبهام نحو الذي يأتيني فله درهم؛ وإن كانت جملة سمعا خبرا فالفاء سببية عاطفة جملة على جملة، قوله بلى الخ بين به ما يحتاج إلى الحاكم.

قال القرافي: تلخيص الفرق بينهما أن كل أمر مجمع على ثبوته وتعين الحق فيه ولا يؤدي أخذه لفتنة ولا تشاجر ولا فساد عرض أو عضو فيجوز أخذه من غير رفع للحاكم؛ فمتى وجد المغصوب أو عين سلعته التي اشتراها أو ورثها ولا يخاف من أخذها ضررا فله أخذها، وما يحتاج للحاكم خمسة أنواع:

الأول: المختلف فيه هل هو ثابت أم لا؟ فلا بد من الرفع فيه للحاكم في بعض مسائله دون بعض؛ كاستحقاق الغرماء لرد عتق المديان وتبرعاته قبل الحجر عليه فإن الشافعي لا يثبت لهم حقا في ذلك ومالك يثبته، فيحتاج إلى قضاء الحاكم، وقد لا يحتاج هذا النوع للحاكم؛ كمن وهب له متاع في عقار وغيره؛ أو اشترى مبيعا على الصفة؛ أو أسلم في حيوان أو نحو ذلك؛ فإن المستحق المعتقد لصحة هذه الأسباب يتناول هذه الأمور من غير حاكم. النوع الثاني: ما يحتاج للاجتهاد والتحرير فإنه يفتقر للحاكم؛ كتقويم الرقيق في إعتاق البعض عن المعتق وتقرير النفقات للزوجات والأقارب والطلاق على المولى بعدم الفيئة؛ فإن فيه تحرير عدم فيئته؛ والمعسر بالنفقة لأنه مختلف فيه منعه الحنفية؛ ولأنه يفتقر لتحرير إعساره وتقريره، وأما مقدار الإعسار الذي يطلق به فإنه مختلف فيه؛ فعند مالك رحمه الله لا يطلق على العجز عن أصل النفقة والكسوة اللتين يفرضان بل العجز عن الضروري المقيم للبنية وإن كنا لا نفرضه ابتداء.

النوع الثالث: ما يؤدي أخذه لفتنة كالقصاص في النفس والأعضاء؛ يرفع ذلك للأئمة ليلا يقع بسبب تناوله تمانع وقتل وفتنة أعظم من الأولى، وكذلك التعزير وفيه أيضا للحاجة للاجتهاد في مقداره بخلاف الحدود.

النوع الرابع: ما يؤدي إلى فساد العرض وسوء العاقبة؛ كمن ظفر بالذات المغصوبة أو المشتراة أو الموروثة لكن يخاف من أخذها أن ينسب إلى السرقة؛ فلا يأخذه بنفسه ويرفعه للحاكم دفعا لهذه المفسدة.

النوع الخامس: ما يؤدي إلى خيانة الأمانة؛ إذا أودع عندك من لك عنده حق عجزت عن أخذه لعدم اعترافه وعدم البينة عليه فهل لك جرده وديعته إذا كانت قدر حقك من جنسه أو من غير جنسه؟ منعه مالك لقوله عليه السلام: ((أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك))، وأجازة الشافعي لقوله عليه السلام لهند بنت عتبة امرأة أبي سفيان لما شكت إليه أنه بخيل لا يعطيها وولدها ما يكفيهم فقال لها عليه السلام: ((خذي لك وولدك ما يكفيك بالمعروف)) ، ومنشأ الخلاف هل هذا القول منه عليه السلام فتيا فيصح ما قاله الشافعي أو قضاء فيصح ما قاله مالك، ومنهم من فصل بين ظفرك بجنس حقك فلك أخذه وغير جنسه فليس لك أخذه اهـ

وفي خ في فصل الدعوى: "وإن قدر على شيء فله أخذه إن يكن غير عقوبة وأمن فتنة ورنيلة" وقال في الودعة: "وليس له الأخذ منها لمن ظلمه بمثلها".

مدرکه عقل ونقل وتضم	٣٨٠ مستند الشهادة العلم نعم
قد يكتفى بالظن والسمع نقل	٣٨١ ذوات حس لهما ومستدل
ثم نكاح ضدها وضر	٣٨٢ عزل وجرح سفه وكفر
ولادة حرابة وإعتاق	٣٨٣ كهبة وصية وإنفاق
قسم قسامة ولوث يسر	٣٨٤ خلع رضاع نسب وأسر
جرح نيابة وإقرار جلا	٣٨٥ إباق أو حمل وتفليس ولا
تصرف إرث تصح بالسماع	٣٨٦ وقف وتنفيذ وموت وابتیاع

هذا بيان ما يصلح أن يكون مستندا في تحمل الشهادة وما لا يصلح له، مدرکه بفتح الميم والراء أي مكان إدراك العلم ومراده بالعقل قوته من الضرورية، ومراده بالمستدل وهو اسم مصدر بمعنى الاستدلال فداله مفتوحة ما () بالنظر والتأمل وهو ما عدا العلوم الحسية، ومراده بالنقل التواتر فإنه يفيد العلم.

وقوله قد يكتفى بالظن أي في مستند الشهادة كالشهادة بالإعسار وحصر الورثة والتعديل وضرر الزوجين، وفي ذلك يقول في خ: " واعتمد في إعسار بصحته وقرينة صبر ضرر كضرر الزوجين". وقوله والسمع يحتمل أن يكون مخفوضا بالعطف على الظن عطف خاص على عام توطئة لذكر مواطن شهادة السماع ويحتمل أن يكون مرفوعا مبتدأ ونقل خبره؛ وعلى الأول فقوله عزل إما مبتدأ خبره تصحح بالسماع أو نائب فاعل نقل والجملة مستأنفة؛ أي نقل في شهادة السماع عزل الخ وتصحح بالسماع على هذا تأكيدا لما قبله، قوله جرح الأول بفتح الجيم وهو التجريح ضد العدالة؛ والأخير بالضم جرح الدم، وضمير ضدها عائذ على الخمسة؛ وهي: العزل والجرح والسفه والكفر والنكاح؛ وأضدادها الولاية والعدالة والرشد والإيمان والطلاق بلا عوض لأنه ذكر الخلع بعد وهو الطلاق بعوض. ويدخل تحت قوله كهبة الصدقة، وقسم بفتح القاف مصدر قسم المال، وجلا نعت لإقرار أي ظهر.

قال القرافي: قال ابن رشد كل من علم شيئا بوجه من الوجوه الموجبة للعلم شهد به؛ فلذلك صحت شهادة هذه الأمة لنوح عليه السلام ولغيره على أممهم بإخبار رسول الله صلى الله عليه وسلم على ذلك، وصحت شهادة خزيمة ولم يحضر شراء الفرس. ومدارك العلم أربعة: العقل، وإحدى الحواس الخمس، والنقل المتواتر، والاستدلال. فتجوز شهادته بما علم بأحد هذه الوجوه، وشهادة خزيمة كانت بالنظر والاستدلال، ومثله لأبي هريرة أن رجلا قاء خمرا فقال له عمر تشهد أنه شربها قال أشهد أنه قاءها فقال عمر رضي الله عنه ما هذا التعمق في الدين فلا وربك ما قاءها حتى شربها، ومنها شهادة الطبيب بقدوم العيب والشهادة بالتواتر كالنسب وولاية القاضي وعزله وضرر الزوجين، والأصل في الشهادة العلم واليقين لقوله تعالى: **إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ** وقوله تعالى: **وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمْنَا** وقوله عليه الصلاة والسلام: ((على مثل هذا فاشهدوا)) أي مثل الشمس؛ وقد تجوز بالظن والسماع اهـ.

قال صاحب القبس - بعد ذكر خمسة وعشرين موضعا تجوز فيها شهادة السماع -: فهذه مواطن رأى الأصحاب جواز تحمل الشهادة بالظن الغالب اهـ . وذكر الناظم تسعة وثلاثين وأخل بالبنوة والأخوة من الواحد والأربعين المعدودة عند ابن العربي اهـ وفي خ: "وجازت بسماع فشا عن ثقة وغيرهم بملك لحائز متصرف طويلا وقدمت بينة الملك إلا بسماع أنه اشتراها من كأب القائم ووقف وموت ببعد إن طال الزمان بلا ريبه وحلف وشهد اثنان كعزل وجرح وكفر وسفه ونكاح وضدها وإن بخلع وضرر

زوج وهبة ووصية وولادة وحرابة وإباق وعدم وأسر وعتق ولوث " واللوث يغني عن القسامة التي عد الناظم ولا يجمع بينهما أي عدها وعد ابن العربي في تذييل النظم الذي أوله:

أيا سائلي عما ينفذ حكمه ويثبت سمعا دون علم بأصله

بعضهم ينسب الأصل لابن رشد والتذييل لولده، وعد ابن فرحون في تبصرته في الأمثلة الشهادة على التعريف بأنها مستندة إلى غلبة الظن؛

وفيهما يقول خ: "وجاز الأداء إن حصل العلم وإن بامرأة" اهـ

وقال المازري: تقبل شهادة الشاهد بزوجية رجل امرأة برؤيته حوزة إياها

حوز الأزواج زوجاتهم وإن لم يولد حين التزويج؛ وهذا نوع خارج عن

شهادة السماع؛ وإنما يطلب فيه الظن القوي المزاحم للعلم اليقيني بقرائن

الأحوال كالشهادة بالتفكير؛ فإن الشاهد يشهد به ولا يقطع على صحة ما

شهد به لجواز أن يكون له مال أخفاه؛ لكن إذا بدت قرائن الفقر والإعسار

من الصبر على مضمض الجوع وإدراك ذلك بالمخالطة صح التعويل عليه

في الشهادة بقرائن الأحوال، قال جب تبعا لشس: ويعتمد على القرائن

المغلبة بالظن في التعديل والإعسار وضرر الزوجين اهـ وهذا الظن الناشئ

عن القرائن كاف في جزم الشاهد بما يشهد به على وجه البت؛ ولو صرح

في أداء شهادته بالظن لم تقبل إلا ما نقل في التعديل من قوله أراه عدلا؛

ولعل هذا هو مراد ابن رشد بأن الشهادة إلا شهادة السماع لا تصح إلا بالعلم

أي لا يصرح فيها بغير العلم ليتفق مع غيره اهـ والكلام على نظائر شهادة

السماع مبذول كثير في شروح المختصر والتحفة وغيرها، وضبط عبد

الوهاب ما تجوز فيه شهادة السماع بما لا ينقل ولا ينتقل وقبله المازري

والباجي اهـ

٣٨٧ واللفظ في الأداء إنشاء بما ضارع في العقود ماض علما

٣٨٨ كالعنق والطلاق واسم من فعل زيد لذين وعلى العرف العمل

يعني أن لفظ أداء الشهادة إنشاء بلفظ المضارع بأشهد واللفظ في العقود

إنشاء بلفظ الماضي كبعث وطلقت وأنكحت وأعتقت ورضيت.

وأشار بقوله واسم من فعل إلى أن العنق والطلاق يزداد لهما اسم الفاعل على

الفعل الماضي فيقعان به كما يقعان بالماضي، وأشار بقوله وعلى العرف

العمل إلى أن هذا الفرق مبني على العرف، ولو تغير العرف لانقلب الحكم.

وقال المقري: قاعدة الأصل في صيغ العقود ونحوها الإخبار ثم غلب

الإنشاء؛ وقالت الحنفية هي على أصلها وقدّر الشرع ثبوت متعلقها بعد

النطق بها قبله بالزمن الفرد ليصدق المتكلم ويثبت الحكم؛ فقبل الصرف بالقرينة أولى من التحكم ولأن التقدير لا يفهم العرف بخلاف القرينة؛ والقاعدة أن مخالفة الأصل بالمعلوم أولى من مخالفته بالمجهول؛ ومقتضى ذلك الأصل أنه لو شهد شاهد أنه طلق بمكة في رمضان وآخر بمصر في صفر أن تحمل الثانية على الإخبار ما احتملته وهو مذهب المدونة؛ إلا أنه عارضته قاعدة وهي أنه يجب حمل اللفظ على المعاني المتجردة والتأسيس حتى يدل دليل على التأكيد لأنه مقصود الوضع؛ ومقتضاها عدم الضم في الأقوال كما في الأفعال لعدم وجود النصاب؛ فإن قال أنت طالق وقلنا بغلبة الإنشاء فما نوى وإلا فواحدة؛ وإن قلنا بالبقاء على الخبر فهو نعت فرد للمرة فواحدة أبداً لأنه لا يحتمل العدد اهـ

واعلم أن الناظم تبع القرافي في هذا الفرق بين الأداء فبالضارع وبين العقود فبالماضي أو اسم الفاعل؛ ورده ابن الشاط وغيره وقالوا هذا الفرق مذهب الشافعي؛ قال ابن فرحون في تبصرته: وهذا الذي ذكره القرافي هو مذهب الشافعي ولم أره لأحد من المالكية؛ ونقل شمس الدين بن القيم الجوزية الحنبلي الدمشقي أن مذهب مالك وأبي حنيفة وظاهر كلام أحمد بن حنبل أنه لا يشترط في صحة الشهادة لفظ أشهد بل متى قال الشاهد رأيت وسمعت كذا وكذا ونحو ذلك كانت شهادة منه الخ اهـ وذكر ابن بطال في المقنع عن أصبغ قال لقد حضرت ابن وهب ومن معه من الفقهاء عند القاضي العمري فكان كاتب القاضي يقرأ على القاضي شهادة الشاهد بمحضر الشاهد ثم يقول للشاهد هذه شهادتك فإذا قال نعم قبل ذلك منه؛ فقوله نعم ليس هو إنشاء الشهادة وقد اكتفى به من الشاهد اهـ وفي رسالة القضاء والأحكام فيما يتردد بين المتخاصمين عند الحكام قال: فإذا فرغ القاضي من قراءة المحضر الذي تقيد فيه الدعوى والجواب قال القاضي للمدعي هذه دعواك فإن قال نعم قال لكل واحد من الشهود هكذا شهدت فإذا قال نعم أوقع القاضي بخطه في آخره شهد هؤلاء الشهود عندي وإن شاء كتب كذلك كانت الشهادة عندي؛ فجعل أداء الشهادة أيضا بمعنى نعم اهـ وفي الوثائق المجموعة أن شريحا كان يقول للشاهدين إنما يقضي على هذا المسلم أنتما وأنا متق بكما فاتقيا الله أنتهدا أن الحق لهذا؟ فإذا قال نعم أجاز شهادتهما اهـ

غير به تمت وإلا فاعتمد	٣٨٩ والحد لا يلزم لكن إن شهد
بينة أو نسيت وقد ورد	٣٩٠ على اليمين وكذا جهل العدد
.....	٣٩١ الرد فيهما

هذا بيان حكم الشهادة الناقصة أي لا يلزم الشاهد تحديد المشهود بملكه وليس التحديد شرطاً في صحة شهادته؛ فإن شهد غير من شهد بالملك بحد الملك تمت الشهادة، وقوله وإلا فاعتمد على اليمين أي وإن لم يشهد الغير بالحد حدد المطلوب وحلف فإن نكل حد الطالب وحلف؛ وكل هذا يشمل قول الناظم فاعتمد على اليمين، قوله وكذا جهل العدد بينة ارتفع بينة على أنه فاعل المصدر وهو جهل أضيف إلى مفعوله وفي حمل بالفاعل، قوله أو نسيت عطف على جهل؛ أي إذا شهدت البينة بحق وجهلت عدده أو نسيتها فكالمسألة الأولى وهي إذا شهدت بالأرض ولم تحدها المتقدمة آنفاً؛ أي فإن شهد الغير بالعدد تمت الشهادة وإلا فاليمين على ما سبق، قوله وقد ورد الرد فيهما أي ورد عن مالك رد الشهادة في الجهل والنسيان للعدد، قال المنجوري: ويلزم مثله في نسيان الحد أو جهله اهـ فإن قال الطالب بعد حجر المطلوب لا أعرف أو أعرف ولا أحلف عليه سجن المطلوب حتى يقر بشيء ويحلف عليه؛ فإن أمر ولم يحلف أخذ المقر به وحبس حتى يحلف؛ وإن كان الحق داراً حيل بينه وبينها حتى يحلف ولا يحبس لأن لحق في شيء بعينه اهـ

وقال الباجي: نقصان بعض الشهادة يمنع من أداء ذلك البعض إلا في عقد النكاح والبيع والهبة والحبس والإقرار ونحوه مما يلزم الشاهد حفظه؛ بل مراعاة الشهادة في آخره وجميع تسجيلات الحاكم لا يلزم حفظها عند الأداء لأنه يشهد بما علم من تقييد الشهادة اهـ وقيده ابن رشد هذه المسألة بكون الأرض المشهود بها معلومة بالنسبة والتسمية عن سواها عند من عرف حدودها اهـ وإلى هذه المسألة أشار ابن عاصم في التحفة بقوله:

وبالحيازة سواهم شهدا	وجاز أن يثبت ملكا شهدا
ونسبة مشهورة معروفه	إن كان ذا تسمية معروفه

٣٩١ ورد مثبتاً ————— وجامعا نفياله كما أتى

قوله ورد فعل أمر ومثبتا حال أي ورد الشهادة في حال كونك مثبتا أو جامعا نفيا للإثبات، يعني أن الشهادة منها ما يكون المقصود منه مجرد الإثبات كالبيع ونحوه وما يكون المقصود منه الجمع بين النفي والإثبات وهو الحصر، قال مالك في التهذيب: لا يكفي أن يقول الشاهد إنه ابن للميت حتى يقول لا نعلم له وارثا غيره؛ فإن قال هذا وارث من ورثة آخرين أعطي نصيبه وترك الباقي بيد المدعى عليه حتى يأتي مستحقه؛ لأن الأصل دوام يده ولأن الغائب قد يقر له بها؛ قال سحنون: وكان يقول غير هذا. وعن مالك ينزع من المطلوب لتيقنها لغيره؛ فإن قالوا لا نعرف عدد الورثة لم يقض لهذا بشيء لعدم تعيينه ولا ينظر إلى تسمية الورثة وتبقى الدار بيد صاحب اليد حتى يثبت عنده الورثة ليلا يؤدي لنقض القسمة وتشويش الأحكام اهـ وكذلك هذه الدار لأبيه أو جده حتى يقولوا ولا نعلم خروجها عن ملكه إلى الموت حتى يحكم بالملك في الحال اهـ

وهذا الحصر في الشهادة شرط صحة متفق عليه في الشهادة بالملك للميت؛ واختلف فيه في الشهادة بالملك للحي هل هو شرط صحة أو شرط كمال؟ وفي خ: "صحة الملك بالتصرف وعدم منازع وحوز طال كعشرة أشهر وأنه لم يخرج عن ملكه في علمه وتؤولت على الكمال في الأخير" وقوله ولترد ألفاظ إنشاء الخ زيادة بيان لقوله السابق واللفظ في الأداء إنشاء الخ وقد مر بيانه.

فصل

٣٩٣ وبيع أم ولد ممنوع إلا بست بيعها مسموع

٣٩٤ رهن وتفليس وقرض شركه جناية كوطه من بتركه

هذا بيان ما استثنى من منع بيع أم الولد، قوله مسموع أي منقول أو مقبول، ضيح - بعد قول جب الراهن من الوطء فإن فعل فحملت فالولد ينسب مطلقا ثم إن كان غصبا فكالعتق - : فائدة تباع أم الولد هنا وفي خمس مسائل : الأولى: الأمة الجانية إذا وطئها السيد بعد علمه بالجناية وهو عديم فإنها تسلم للمجني عليه.

الثانية: من وطئ أمة من تركة أبيه وعلى الأب دين يحيط بالتركة والابن عديم وهو عالم بدين أبيه حالة الوطء .

الثالثة: أمة المفلس إذا وقفت للبيع ووطئها وحملت.

الرابعة: أمة الشريكين يطأها أحدهما وهو معسر.

الخامسة: إذا وطئ العامل أمة القراض فحملت وكان معسرا . اهـ

وذلك أن العامل إذا وطئ أمة القراض فإنه إن كان مليا فإنه يؤدي ما ينوب صاحب المال منها وإلا يبيع ما ينوب صاحب المال اهـ وفي خ في الرهن: " وإن وطئ غصبا فولده حر وعجل الملى الدين أو قيمته وإلا بقي " وفي مسألة القراض: " وإن وطئ قوم ربها أو أبقى إن لم تحمل فإن أعسر اتبعه بها وبحصة الولد أو باع له بقدر ماله " وفي مسألة الشريك في فصل أحكام أم الولد: " وإن وطئ شريك فحملت غرم نصيب الآخر فإن أعسر خير في اتباعه بالقيمة يوم الوطء وبيعها كذلك وتبعه بما بقي وبنصف قيمة الولد " اهـ قال ابن غازي: وقد أجاد بعض الأذكياء مما لقينا إذ نظم النظائر المذكورة في التوضيح فقال:

تباع عند مالك أم الولد للدين في ست مسائل تعد

وهي إن أحيل حال علمه بمانع الوطء وحال عدمه

مفلس موقوفه للغرما وراهن مرهونة ليغرما

أو ابن مديان إماء التركه أو الشريك أمه للشركه

أو عامل القراض مما حركه أو سيد جانية مستملكه

في هذه الستة تحمل الأمة حرا ولا يدرأ عنها ملامه

والعكس جاء في محل فرد وهو حمل أمة بعبد
في العبد يغشى ما له من معتقه وما درى السيد حتى أعتقه
فالأم حرة وملك السيد يشمل ما في بطنها من ولد

قال البناني: ويضاف إلى الستة على الضابط الثاني وهو حمل الأمة بحر كما في خ المستحقة وهي حامل والأمة والغارة وأمة المكاتب إذا مات وفيها وفاء بالكتابة وله ولد فإنه يبيع أمه ويوفي الكتابة أه وصورة المسألة الأخيرة عند ابن غازي أن العبد إذا وطئ جاريته فحملت وأعتقها ولم يعلم السيد بعتقه لها حتى أعتقه فإن عتق العبد أمته ماض فتكون حرة والذي في بطنها رقيق لأنه للسيد، قال في الجلاب: ولو أعتقها بعد عتقه لم تعتق حتى تضع أه من ضيحه. قوله والولد الذي في بطنها رقيق حملة بعضهم على ما إذا وضعت الولد قبل عتق السيد العبد الذي أعتقها؛ وأما لو كان في بطنها حين العتق فإنه يتبع أمه، قال سيدي محمد ميارة في طرته على ضيحه وهو تقييد ظاهر قال: وعلى ذلك فتسميتها حرة حاملة بعبد إنما هو باعتبار ما آل إليه أمرها بعد الوضع والعتق أه وقول خ ما نصه فعلم من كلامه في المدونة أنه لا يحكم لها بالحرية حتى تضع فقول المص وغيره في هذه حمل حرة بعبد فيه مسامحة، وبهذا تعلم صحة قول القاضي عبد الوهاب: لا يوجد حرة حاملة بعبد؛ وسقط اعتراض ابن ناجي عليه بما ذكره الشيخ خليل في التوضيح فتأمل أه ومثل هذه المسألة في أمة المكاتب الذي زاد أه

٣٩٥ تنجيز عتق في الذي قد منعا من وطنها مولدها قد سمعا

هذا بيان من ينجز عتقه من الإماء المستولدات وهي كل أم ولد يحرم على مولدها وطؤها، وسمع بمعنى قبل ونقل، وقوله ومولدها نائب فاعل منع. ومن هذه الكلية من ملك عمته أو خالته أو غيرها ممن تحرم عليه ثم أولدها، ومن وطئ أمة ابنه وقد استولدها أحدهما فتعتق على الابن إن كان قد أولدها قبل وطء والده والأب قد أتلفها عليه بوطنه فيغرم قيمتها أم ولد؛ لأننا لو أعتقناها على الأب كنا ناقلين ولاء أم الولد عن استولدها؛ وإن كان الابن وطنها ولم تحمل منه ثم وطنها أبوه وأولدها غرم قيمتها له وعتقت عليه؛ ففي كتاب أمهات الأولاد من المدونة: قال ابن القاسم ولو قومت على الأب أمة الابن وقد حملت منه وكان الابن قد وطنها عتقت على الأب إذ

حرم عليه وطؤها وبيعها؛ ولو لم تحمل منه حل له بيعها وحرم عليه وطؤها، وإن وطئ أم ولد الابن أغرم له قيمة أم الولد وعتقت على الابن لما عقد فيها بالولادة وحرمت على الأب والابن. وفي خ: "وملك أب جارية ابنه بتلذذه بالقيمة وحرمت عليهما إن وطئها وعتقت على مولدها". وفي المدونة: ومن وطئ أمة له أو لولده ولم تحمل منه وامرأته أم لها حرمت عليه لأنه ممن لا حد عليه فيها؛ وهذا مما لا اختلاف فيه، فإن حملت منه الأمة عتقت عليه، وكذلك من ملك ذات محرم فوطئها فحملت منه فإنه لا يحد وتعتق عليه إذ حرم عليه ما كان له فيها من المتعة اهـ وقوله عتقت عليه يريد إذا بنى بالأم وعليه قيمتها للابن. وفي ضيخ: وإذا حملت منه من هي محرمة عليه عتقت عليه، وفي سماع عيسى: لا تعتق عليه وتستخدم بالمعروف اهـ يعني من هي محرمة عليه بنسب لا بعنق أو بصهر أو رضاع؛ بخلاف النسب الذي يوجب العنق فإن فيه الحد وحينئذ لا يثبت النسب إلا أن يثبت الحد بالإقرار. ابن عرفة: وسمع عيسى ابن القاسم كل من وطئ امرأة بملك اليمين ممن تحرم عليه بالرضاع من أم أو غيرها؛ وكل من وطئ امرأة ممن تحرم عليه بالنسب ولا تعتق عليه من عمه أو خالة أو بنت أخت فلا حد عليه في شيء من ذلك وإن علم أنهم محررات عليه، إلا أنه يجوز له بيعهن واستخدامهن إلا أن يحملن فيلتحق به الولد ويعجل عتقهن، ومن وطئ شيئاً منهن عامداً عالماً بحرمة ذلك عوقب نكالا ويبعن عليه، وكل من وطئ امرأة بالملك ممن تحرم عليه بالنسب وتعتق عليه بالملك كالنبت والأم والأخت عالماً عامداً حد ولا يلحق به الولد، قال ابن القاسم: إلا أن يعذر بالجهالة فلا يحد ويلحق به الولد، ابن رشد: هذه مسألة صحيحة على ما في المدونة وغيرها لا خلاف في شيء منها إلا في تعجيل عتق من حملت منه منهن، ومن الناس من قال يستخدمهن ولا يعتقن عليه وقع ذلك في سماع عيسى اهـ.

٣٩٦ وكل ولد تابع الأمهات وفي وصاياها وفي الجناة

٣٩٧ ثلاثة لا يتبعون

الولد بضم الواو وسكون اللام بمعنى ولد بفتحهما أو جمع له؛ والأمات بغير هاء قليل في الأدبيات وكثير في غيرهن والأمهات بالهاء بالعكس، قوله وفي وصاياها الخ في كتاب الوصايا من المدونة وكتاب الجناة أي كتاب الجنايات منها أيضا - والجناة هنا جمع جان كقاض وقضاة - ثلاثة أولاد لا يتبعون أمهاتهم اثنان في الوصايا وهما ولد الأمة الموصى بعنقها

بعد الوصية وقبل موت الموصي، وولد الأمة الموصى بها لرجل معين مثلا إن ولدته بعد الوصية وقبل موت الموصي، والثالث في الجنایات وهو ما ولدته الأمة الجانية بعد الجنایة وقبل أن يسلمها سيدها اه قال في الوصايا: ومن أوصى لرجل برقبة جنانه أو بأتمته أو بعنقها فأثمر الجنان عاما أو عامين أو ولدت الأمة وذلك كله قبل موت الموصي والثالث يحمل الجنان وما أثمرت والأمة وولدها؛ فإن الولد والثمرة للورثة دون الموصى له، وفي الوصايا أيضا: وما ولدت الموصى بعنقها قبل موت سيدها فهم رقيق وما ولدت بعد موته فهم بمنزلتها يعتق أولادها معها في الثالث أو ما حمل منهم بغير قرعة، وفي كتاب الجنایات: وإذا ولدت الأمة بعد أن جنت لم يسلم ولدها معها إذ يوم الحكم يستحقها المجني عليه وقد زايلها الولد قبله ولكن تسلم بمالها، وهو قول أشهب في الولد اه.

٣٩٧ واعتمد في كشف شاهد بخمسة شهد

٣٩٨ في ردة سرقة ومستحق زنى ومولى فليؤد كالفلق

هذا بيان المسائل التي يستفسر فيها الشاهد إذا شهد في واحدة منها؛ قوله فلتؤد كالفلق أي كالفجر الصادق عد الناظم خمسا منها: الأولى الردة؛ قال ابن شأس: لا ينبغي أن تقبل الشهادة على الردة دون تفصيل لاختلاف المذاهب في التكفير. وفي خ: "وفصلت الشهادة فيه". الثانية: السرقة؛ وفي خ في الشهادة على الزنا: "ونذب سؤالهم أي شهداء الزنا كالسرقة ما هي وكيف أخذت". الثالثة: الاستحقاق؛ وفي خ في الشهادة بالملك: "وإن لم يخرج عن ملكه في علمهم".

الرابعة: الزنى كما تقدم أنفا.

الخامسة: المولى أي بفتح الميم اسم مصدر بمعنى الولاية ويضم الميم، ووجد بخط الناظم ما يقتضي أنه مولى بفتح الميم من الولاء ونصه: الكشف عن السرقة أن يسألوا عن الكمية وعن إخراجها من الحرز؛ والكشف عن الزنى عن صفته؛ وعن الردة عن قول المكفر؛ وعن المستحق هل باعه أو لم يعلم بيعه؛ وعن المولى عن عتقه فإن لم يكشف الشهود في هذه بطلت شهادتهم؛ وإن غابوا قبل السؤال حكم بشهادتهم اه.

وعد الناظم في لاميته ثمانية أشياء من هذا المعنى منها الاستحقاق؛ وفرق في الثانية بين العالم وغيره فقال :

شهادة إعتاق ورشد وضده وجرح وتعديل وتأليف أسجلا

وإثبات ملك أو أخ في وراثة تفسر إلا من ذوي العلم فاقبلا

وأصل ذلك للغرناطي في وثائقه بذكر الغبن بدل العتق، قال السجلماسي: وقد أنهيت نظائر ذلك في شرحي للامية إلى خمس وثلاثين مسألة، وذكر المنجوري منها البكر المعنسة والعدم والكفاءة وضرر الزوجين والإسلام والقذف والفاحشة والغصب والبيع الفاسد وفساد النكاح وشهادة السماع والطريق للممشى والمولود بعد موت أبيه اهـ .

٣٩٩ ونسب والحد لن يجتمعا إلا بزوجات ثلاث فاسمعا

٤٠٠ مبتوتة خامسة ومحرم وأمتين حرتين فاعلم

٤٠١ بشرط علم في جميع ما ذكر ونفي تسويغ ببت فادكر

هذا أصل في المسائل التي يجتمع فيها الحد والنسب، قوله ونفي تسويغ عطف على علم، وباء ببت ظرفية، والتسويغ في المبتوتة بأن يتزوجها بعد زوج على الشروط المعلومة.

ذكر الناظم من هذه النظائر خمسا: الأولى من تزوج امرأة ثم أولدها ثم أقر أنه كان طلقها ثلاثا وأنه تزوجها قبل زوج عالما بتحريمها. الثانية: أن يتزوجها ويولدها ثم يقر أن له أربع نسوة غيرها وأنه تزوجها عالما بتحريمها.

الثالثة: أن يتزوج امرأة ويولدها وهي ذات محرم منه إما من نسب أو صهر أو رضاع ثم يقر على نفسه أنه تزوجها عالما بتحريمها.

هذه المسائل الثلاث هي مراد الناظم بقوله إلا بزوجات ثلاث الخ، وأما قوله وأمتين حرتين فأراد به مسألتين: إحداهما من يشتري الأمة ويولدها ثم يقر بحريتها وشرائها مع علمه بحريتها؛ ومن يشتري الأمة ويولدها ثم يقر بأنه اشتراها عالما بأنها ممن تعتق عليه ووطنها عالما بذلك وبعدم حليتها اهـ

وزاد في ضيغ مسألة سادسة قال – بعد قول جب في باب الغصب ويحد الواطئ العالم والولد رقيق ولا نسب له – وهذا بشرط أن تقوم البينة قبل الوطء بعلمه؛ وأما إذا لم يكن إلا مجرد إقراره الآن بأنه وطئ عالما فقال أهل المذهب: يحد لأجل إقراره على نفسه بالزنى ويلحق به الولد لحق الله تعالى وحق الولد في ثبوت النسب؛ وقال: هذه من المسائل التي يجمع فيها الحد والنسب؛ ثم قال: وليس ذكرها على طريق الحصر؛ بل الضابط فيه أن

كل حد ثبت بالإقرار وسقط بالرجوع عنه فالنسب معه ثابت؛ وكل حد لازم لا يسقط بالرجوع عنه فالنسب معه غير ثابت اهـ وزاد بعض أصحاب النظائر مسألة سابعة داخلة في الضابط المذكور وهي إن أمر رجلا أن يشتري له جارية من بلد من البلدان فاشتراها له فأرسل له جارية غير التي اشتراها له فوطئها وهو عالم أنها ليست بجاريته التي اشتراها له فإنه يحد ويلحق الولد وعليه قيمتها أمة اهـ

فصل

في ذكر معنى السنة وأقسام البدعة والمحدثات وقواعد هي خاتمة الكتاب .

- | | | |
|-----|-------------------------|---------------------------|
| ٤٠٢ | سكوت سيد الورى محمد | وقوله وفعله للأبدي |
| ٤٠٣ | وما عليه قد أقر سنه | والمحدثات بدعة لكنه |
| ٤٠٤ | تجب إن شملها أدلته | كالكتب والصد بدت أمثله |
| ٤٠٥ | يندب ما دليله قد عمه | كمركب ولبسة الأئمه |
| ٤٠٦ | وكتراويح وما قد شمله | دليل كره فهو كالمفضله |
| ٤٠٧ | تخص بالنوع من العبادات | وكالزيادة على المحددات |
| ٤٠٨ | مما استحب ويباح ما شمل | دليلها كمنخل مما نقل |
| ٤٠٩ | حاصلها استنادها لما شهد | الشرع باعتباره فلتعتمد |
| ٤١٠ | عليه أو الغائه عنه قصد | أو لم يكونا فإباحة وقد |
| ٤١١ | قال تقي الدين قول عمرا | ذي بدعة نعمت وقول من يرى |
| ٤١٢ | تقسيمها أي لغة وقوله | صلى عليه الله صح نقله |
| ٤١٣ | وكل بدعة ضلالة نعم | شرعا لما استناده قد انعدم |
| ٤١٤ | وما دليل فرضه أو ندبه | باد فليس بدعة فانتبه |
| ٤١٥ | كجمع مصحف وشكل ونقط | نقش كدرهم ثريا وسببط |
| ٤١٦ | مع مسمع وشبهها فقد | أحدثها السلف نعم ما ورد |

هذا بيان الفرق بين السنة والبدعة؛ السنة لغة الطريقة والعادة؛ واصطلاحاً مشترك بين نوع من العبادات ونوع من الأدلة؛ فالسنة في العبادات النافلة التي واطب عليها النبي صلى الله عليه وسلم أو فهم منه الدوام لو تكرر سببها كصلاة الكسوف؛ وزاد بعضهم وأظهرها في جماعة، وينبني عليها الخلاف في ركعتي الفجر هل هما سنة أو مندوب مرغّب فيه؟ والسنة من الأدلة - وهي المرادة هنا - ما صدر عن النبي صلى الله عليه

وسلم غير القرآن من قول أو فعل أو تقرير؛ بهذا عرفها بعض المحققين، وزاد الناظم قيد الأبد احترازاً من المنسوخ فإنه لا يستدل به؛ وزيد التقرير لأنه صلى الله عليه وسلم لا يقر على باطل لوجود العصمة، وبالتقرير استدل على طهارة فضلاته عليه الصلاة والسلام لإقراره شاربه بوله صلى الله عليه وسلم وهي أم أيمن رضي الله تعالى عنها أم أسامة الحب بن الحب زيد، وقال المحلي: ومن السنة تقريره لأن التقرير كف عن الإنكار والكف فعل اهـ

قول الناظم سكوت مبتدأ خبره سنة، وقوله والمحدثات بدعة مأخوذ من قوله صلى الله عليه وسلم: ((إياكم ومحدثات الأمور فإن كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار)) ، وقوله لكنه أي الأمر والشأن، وقوله إن شملتها أدلته أي إن شملت المحدثات أدلة الوجوب، قوله كالكتب بفتح الكاف مصدر كتب أي كتدوين العلوم الشرعية، قوله والضح بدت أمثلته أي ضد الوجوب وهو الحرام ظهرت أمثلته فيندب ما قد شمله دليل الندب كمركب الأئمة ولبستهم سواء كانت الإمامة كبرى أو صغرى، ومركب في قول الناظم منون؛ والذي قد شمله دليل الكراهة من المحدثات كهو أي كالمكروه كتخصيص الأيام أو الليالي المفضلة بنوع من العبادات كتخصيص يوم الجمعة بصيام أو ليلته بقيام أو يقدر كالأزمة المفضلة، وكذلك الزيادة على المندوبات المحددات كالزيادة على التكبير والتحميد باثر الصلاة، وأما الزيادة على الواجب فإنه قد يحرم كزيادة ركعة فأكثر بصلاة من الخمس؛ وقد يكره كصيام ستة من شوال؛ وفي خ: "وكره كونها البيض كست من شوال" ويباح ما شمله دليلها أي الإباحة من المحدثات كمنخل الدقيق كائن مما نقل في الأثر الوارد في ذلك وهو أول شيء أحدثه الناس بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخاذ المناخل.

وحاصل البدعة أو المحدثات أي حاصل أحكامها أنها إن استندت لما شهد الشرع باعتباره اعتبرت وإن أسندت لما ألغي شرعاً ألغيت وصد عنه وأعرض. ويعني بتقي الدين ابن تيمية ويعني بعمر ابن الخطاب رضي الله عنه؛ وقول عمر مبتدأ وقول من يرى تقسيمها معطوف عليه؛ والخبر قوله أي لغة وهو منصوب وأصل الخبر مقدر، وشاع في كلام المصنفين إدخال أي على خبر المبتدأ ليتعين للخبرية؛ أي قولهما محمول على البدعة لغة أو معناه في البدعة لغة، وأشار بذي إلى التراويح ولفظه نعمت البدعة هذه؛ والضمير في تقسيمها للبدعة اهـ

وأما قوله وقوله صلى الله عليه وسلم أنه مبتدأ والخبر قوله لما استناده؛ وجملة صلى الله عليه وسلم وجملة صح نقله معترضتان بين المبتدأ والخبر؛

وجملة كل بدعة ضلالة محكية بالقول، وقوله نعم تصديق لهذه الجملة؛ والمعنى أن البدعة في قوله صلى الله عليه وسلم وكل بدعة ضلالة هي اسم لما انعدم إسناده في الشرع أي ما ليس له في الشرع دليل على الجواز بل فيه ما يدل على التحريم أو الكراهة، وأما ما في دليل فرضه أو نديه باد فليس بدعة كجمع مصحف، وقوله نقش كدرهم هو بإضافة نقش إلى الكاف ويدخل تحت الكاف الدينار، ويدخل في قوله وشبهها القناديل وكون المنبر أكثر من ثلاثة أدراج وتحزيب القرآن ونحو ذلك.

قال القرافي: البدعة خمسة أقسام: قسم واجب؛ وهو ما تناولته قاعدة الوجوب وأدلته في الشرع كتدوين القرآن والشرائع إذا خيف عليها الضياع فإن التبليغ لمن بعدنا من القرون واجب إجماعاً وإهمال ذلك حرام إجماعاً؛ فمثل هذا النوع لا ينبغي أن يختلف في وجوبه.

القسم الثاني محرم وهو كل بدعة تناولتها قاعدة التحريم وأدلته من الشريعة كالمكوس والمحدثات من المظالم والمحرمات المناهية لقواعد الشريعة؛ كتقديم الجهال على العلماء وتولية المناصب الشرعية من لا يصلح لها بطريق التوارث وجعل المستند في ذلك هو كون المنصب كان لأبيه وهو في نفسه ليس بأهل.

القسم الثالث من البدع مندوب إليه وهو ما تناولته قواعد الندب وأدلته كصلاة التراويح وإقامة صور الأئمة والقضاة وولاية الأمور على خلاف ما كان عليه الصحابة رضوان الله عليهم؛ بسبب أن المقاصد والمصالح الشرعية لا تصلح إلا بعظمة الولاية في نفوس الناس، وكان الناس في زمان الصحابة رضوان الله عليهم معظم تعظيمهم إنما هو بالدين وسابق الهجرة؛ حتى اختل النظام وذهب ذلك القرن وحدث قرن آخر لا يعظمون إلا بالصور فتعين تفخيم الصور كي تحصل المصالح، وكان عمر رضي الله عنه يأكل خبز الشعير والملح ويفرض لعامله نصف شاة كل يوم لعلمه بأن الحالة التي هو عليها لو عملها غيره لهان في نفوس الناس ولم يحترموا وتجاسروا عليه بالمخالفة؛ فاحتاج إلى أن يضع غيره في صورة أخرى تحفظ النظام، ولذلك لما قدم الشام وجد معاوية بن أبي سفيان اتخذ الحجاب والمراكب النفيسة والثياب الهائلة العلية وسلك ما سلك الملوك؛ سأله عن ذلك فقال: إنا بأرض نحن محتاجون فيها إلى هذا؛ فقال: لا أمرك ولا أنهاك، ومعناه أنت أعلم بحالك هل أنت محتاج إلى هذا فيكون حسناً أو غير محتاج إليه فلا يكون حسناً؛ فدل ذلك من عمر رضي الله عنه على أن أحوال الأئمة وولاية الأمر تختلف باختلاف الأمصار والأعصار والأحوال؛ فلذلك

يحتاجون إلى تجديد زخارف وسياسات لم تكن قديما وربما وجبت في بعض الأحوال.

القسم الرابع: بدعة مكروهة وهي ما تناولته أدلة الكراهة من الشريعة وقواعدها؛ كتخصيص الأيام الفاضلة وغيرها بأنواع من العبادات، وكذلك في الصحيح خرجه مسلم وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تخصيص يوم الجمعة بصيام أو ليلته بقيام، ومن هذا الباب الزيادة في المندوبات المحدثات كما ورد في التسبيح عقب المفروضة ثلاثا وثلاثين فيفعل فيها مائة؛ وورد صاع في زكاة الفطر فيجعل هو عشرة؛ فأظهار الزيادة فيها إظهار الاستظهار على الشارع وقلة أدب معه؛ بل شأن العظماء إذا حدوا شيئا وقف عنده وعد الخروج عنه قلة أدب؛ والزيادة في الواجب أو عليه أشد في المنع لأنه يؤدي إلى أن يعتقد أن الواجب هو مجموع الأصل والمزيد عليه، ولذلك نهى مالك رحمه الله عن صيام ستة أيام من شوال ليلا يعتقد أنها من رمضان، وخرج أبو داود أن رجلا دخل إلى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى الفرض وقام ليصلي ركعتين فقال له عمر بن الخطاب رضي الله عنه: اجلس حتى تفصل بين فرضك ونفلك فبهذا هلك من كان قبلنا، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: أصاب الله بك يا ابن الخطاب، يريد عمر أن من قبلنا وصلوا النوافل بالفرائض واعتقدوا الجميع واجبا وذلك تغيير للشرائع وهو حرام إجماعا.

القسم الخامس: البدع المباحة وهي ما تناولته أدلة الإباحة وقواعدها من الشريعة كاتخاذ المناخل للدقيق؛ ففي الآثار: أول شيء أحدثه الناس بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخاذ المناخل؛ لأن تليين العيش وإصلاحه من المباحات فوسائله مباحة، فالبدعة إن عرضت تعرض على قواعد الشرع وأدلتها؛ فأى شيء تناولها من الأدلة والقواعد ألحقت به من إيجاب أو تحريم أو غيرهما، وإن نظر إليها من حيث الجملة بالنظر إلى كونها بدعة مع صرف النظر عما يقتضيها كرهت؛ فإن الخير كله في الاتباع والشر كله في الابتداع. ولبعض السلف الصالح يسمى أبا العباس الأبياني من أهل الأندلس: ثلاث لو كتبت في ظفر لوسعهن وفيهن خير الدنيا والآخرة؛ اتبع ولا تتبدع، اتضع ولا ترتفع، من تورع لا يتسع انتهى.

وأما قول الناظم حاصلها إلى قوله وقد فأصله لابن عرفة في جواب له على حكم الدعاء عقب الصلاة على الهيئة المعهودة في هذه الأعصار فإنه قال: وأما البدع فقد تكلم الناس عليها متقدم ومتأخر كالقرافي وعز الدين وقسموها إلى أقسام؛ والحاصل إسنادها إلى ما شهد الشرع بإلغائه أو اعتباره وما ليس بواحد منهما، ومجال النظر في جزئيات المسائل. هذا

كلامه ونقله غير واحد من أهل النوازل؛ ومعناه ما قال الناظم أن المستند إلى ما شهد الشرع باعتباره يعتمد عليه لكونه واجبا أو مندوبا؛ والمستند إلى ما شهد الشرع بإلغائه يصد عنه بكونه حراما أو مكروها؛ وما ليس بواحد منهما يباح.

وأما قوله وقد قال تقي الدين إلى آخره؛ فإشارة إلى ما نقله البرزلي أثناء كلامه على حكم الدعاء عقب صلاة الفرض على الهيئة الاجتماعية قال: قال تقي الدين بن تيمية في قوله في الصحيح قال عليه السلام في خطبته: ((خير الكلام كلام الله وخير الهدي هدي محمد صلى الله عليه وسلم وشر الأمور محدثاتها وكل بدعة ضلالة)) قال: البدعة ما لم يقم عليه دليل شرعي على أنه واجب أو مستحب؛ سواء فعل على عهده أو لم يفعل كإخراج اليهود من جزيرة العرب وقتل الترك لما كان مفعولا بأمره لم يكن بدعة وإن لم يكن مفعولا على عهده، وكذا جمع القرآن في المصاحف والاجتماع على قيام رمضان ومثل ذلك مما ثبت وجوبه أو استحبابه بدليل شرعي، وقول عمر في التراويح نعمت البدعة هذه أي هذه بدعة في اللغة لأن البدعة في اللغة ما فعل على غير مثال كما قال الله تعالى: قُلْ مَا كُنْتُ بِدْعًا مِنَ الرُّسُلِ وليست بدعة في الشريعة؛ فإن كل بدعة في الشريعة ضلالة كما أخبر به عليه الصلاة والسلام، ومن قال من العلماء البدعة تنقسم إلى حسن وغيره فتقسيمه في البدعة اللغوية، ومن قال كل بدعة ضلالة فمعنى كلامه البدعة الشرعية، ألا ترى أن علماء الصحابة والتابعين لهم أنكروا الأذان في غير الصلوات الخمس كالعيدين وإن لم يكن فيه نص خاص، وأنكروا استلام الركنيين اليمانيين وإن لم يكن في ذلك نص خاص، وكذا الصلاة عقب السعي بين الصفا والمروة قياسا على الطواف، وكذا ما تركه الرسول صلى الله عليه وسلم مع قيام المقتضي كان تركه سنة وفعله بدعة مذمومة؛ ومعنى ذلك: إذا كان المقتضي التام موجودا في حياته كوجوده بعده كإخراج اليهود والنصارى من جزيرة العرب وما تركه لوجود المانع كالاتحاد في صلاة التراويح يدخل في ذلك فإن المقتضي التام عدم المانع. قال البرزلي: وهذا من هذا المانع لأنه عليه الصلاة والسلام ترك الجمع للتراويح وقال خفت أن يفرض عليكم، فلما توفي عليه السلام ذهب هذا المانع فأحدثه عمر؛ فذهب المانع هو المقتضي، وكذا الدعاء على هذه الكيفية الخاصة لم يرد عنه صريحا؛ فلما توفي ذهب المانع وهو خوف أن يعد من حدود الصلاة كما اختاره شيخنا الإمام رحمه الله وهو طرد العلة وعكسها، فمتى وجد المانع منع الحكم ومتى فقد ثبت الحكم اهـ.

وقول الناظم نقش كدرهم ثريا وبسط الخ إشارة إلى ما للإمام البرزلي فقد سئل عن جعل الثريا والقناديل في المساجد وكون المنبر أكثر من ثلاثة أدراج هل هذا جائز أو من السرف كما قال القائل مع أنه درج على عدم إنكار ذلك سلف صالح مقتدى بهم علما وعملا؟ فأجاب بما حاصله أن جعل الحصر والمنبر ومطلق الاستصباح حسن من باب ترفيع المساجد؛ وقد ورد ثواب جزيل في استصباحه: حكى الزمخشري في تفسير قوله عز وجل: **إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسَاجِدَ اللَّهِ** الآية عن أنس رضي الله عنه من أسرج مسجدا سراجا لم تزل الملائكة وحملة العرش تستغفر له ما دام في ذلك المسجد ضوءه، قال: والعمارة تتناول رم ما استرم منها ولمها وتنظيفها وتنويرها بالمصابيح وتعظيمها واعتيادها للعبادة والذكر، وورد الخبر أيضا في جعل منبر النبي صلى الله عليه وسلم؟؟؟ وإذا ثبت في جنسه جاز ترفيعه، وأما كثرة المصابيح في رمضان فقد طعن فيه بعض المغاربة بأنه بدعة، والصواب أيضا أنه من باب ترفيع المساجد والزمان كما قدمناه وقد ذكر ذلك عز الدين، ولابن رشد في الشرح أن من سرق ثرية من ثرياته المتعلقة فيه المشتبهة به أو حصيرا مسمرا في حائط من حيطانه أو خيطا إلى غير ذلك مما تبلغ قيمته ما يجب فيه القطع فإنه يقطع، وله أيضا في الشرح: قد قيل أن معاوية بن أبي سفيان هو أول من اتخذ المقاصير في الجامع وأول من أقام على نفسه حرسيا وأول من اتخذ الخصيان في الإسلام وأول من بلغ درجات المنبر خمسة عشر مرقاة.

قال البرزلي: وإنما ذكرت ذلك لأن بعض الجهلة كسر ما زاد على ثلاثة أدراج من منبر فرددت عليه بأمر كثيرة؛ وأن المنبر ما هو إلا على قلة الناس وكثرتهم مثل منبر القيروان وغيرها من سائر المنابر التي جرى عليها عمل المتقدمين والمتأخرين من سائر القرى والأمصار، ومعاوية من فضلاء الصحابة وكاتب وحي رسول الله صلى الله عليه وسلم وصهره وسابقته في الجاهلية والإسلام ومنزلته مشهورة معروفة، وقد أحدث السلف أشياء لم تكن في الزمن الأول كالجمع على المصحف، والنقط والشكل وتحزيب القرآن، والقراءة في المصحف في المسجد أول من أحدثها الحجاج، وتحصير المساجد في موضع التحصيب، وتعليق الثريا فيها للاستصباح بها، ونقش الدراهم والدنانير أول من أحدثهما عبد الملك والناس متوافرون.

وقال البرزلي أيضا: الإجماع على أن من البدع ما هو حسن مثل قول عمر نعمت البدعة هذه وإخراج اليهود من جزيرة العرب فعله عمر ولم يقع في زمنه صلى الله عليه وسلم، وجمع الناس على المصحف كما فعله عمر،

ونقط المصحف وشكله كما فعله أبو الأسود الدؤلي، ونقش الدنانير والدرهم كما فعل في زمن ابن مروان، وتحزيب القرآن كما فعل في زمان الحجاج، ومحارب مساجد البلاد إلى غير ذلك.

وتحصيله أن كل بدعة شهد الشرع باعتبار جنسها ولم تترتب عليها مخالفة لأصل الشريعة إلى آخر ما تقدم، وقد نص على التقسيم عز الدين وغيره، وقال البرزلي أيضا بعد أشياء أنكرها عمر الرجراجي الوارد على تونس وحج ورجع إليها قال: أستغربها الآن؛ فمن ذلك ما ذكر عنه من إنكار التسميع خلف الإمام قال: وللعلماء في صحة الصلاة بالمسمع وصلاة المسمع ستة أقوال: فمذهب الجمهور الجواز؛ بل أعراه ابن رشد من الخلاف في مسألة الرافع صوته بالذكر للإفهام؛ لأنه من ضروريات الجوامع؛ وأنكره حماس بن مروان؛ ورد عليه لقمان بن يونس بعدم إنكار علماء الأمصار على أهل مكة ذلك؛ يريد وجريانه بينهم من غير نكير؛ والرجلان من أصحاب سحنون، وحكى المازري عن بعض شيوخه أنه صلى بجامع مصر وفيه المسمعون من غير نكير؛ وفي الجامع ابن شعبان وغيره من علماء مصر في زمانهم. ونقل المازري عن بعض المتأخرين: إن أذن له الإمام جاز وإلا لم يجز. وحكى القاضي في الإكمال: إن لم يتكلف رفع صوته صح؛ وإلا فلا. والقول الخامس: إن كثر الناس في غير صلوات الفرض كالعيدين والجنائز صح وإلا فلا. والسادس: يضاف إلى هذا صلاة الجمعة؛ قال: واستدلوا على ذلك بحديث صلاة أبي بكر بصلاة النبي صلى الله عليه وسلم في صلاة الناس بأبي بكر متبعين له في أقوله وأفعاله، وبما وقع في المدونة من قوله ولا بأس بالصلاة في دور محجوزة بصلاة الإمام في غير الجمعة إذا رآوا عمل الإمام والناس؛ والعمل يطلق على القول والفعل. واحتج عليه ابن رشد بأن عمر رضي الله عنه كان إذا قرأ السورة فيها ذكر النبي صلى الله عليه وسلم يعطي صوته لكي يسمع أصحاب حجر النبي صلى الله عليه وسلم.

وبالجملة فما عليه السلف والخلف من جواز هذا الفصل حجة بالغة على من خالفهم، فكيف بمن فسقهم أو بدعهم وضللتهم فهذا مخالف للجماعة جدير بهذه الأوصاف أو ببعضها مكابر للبيان أو جاهل بالعلم لا عقل له اهـ. وفي الخطاب بعد قول خ: "وتنفله بمحرابه": كره بعض السلف اتخاذ المحاريب في المسجد اهـ وفي مصنف عبد الرزاق عن الحسن أنه صلى واعتزل الطاق أن يصلي فيه؛ قال: وكره الصلاة في طاق المسجد سعيد بن جبير ومعمار، والمراد بطاق المسجد المحراب الذي يقف فيه الإمام، وفي شرح الجامع الصغير للحنفية: لا بأس أن يقوم الإمام في المسجد وسجوده في

الطاق، ويكره أن يقوم في الطاق لأنه يشبه اختلاف المكانين؛ ألا ترى أنه يكره الانفراد بمكان اهـ والمشهور الجواز بلا كراهة ولم يزل عمل الناس عليه من غير كراهة انتهى.

٤١٧ تنبيه اعلم في الدعا تردد إثر الصلاة باجتماع يوجد

٤١٨ وقيل إن لها أضيف منعا وحسنه إن لم يضيف قد سمعا

حاصل ما ذكره ثلاثة أقوال: قول بالإطلاق أنه بدعة مستحسنة، وقول بالإطلاق أنه بدعة قبيحة، وقول بالتفصيل. البرزلي: ومما أنكره الرجراجي الدعاء عقب الصلاة؛ إما مطلقا وإما على هذه الهيئة اهـ وفي كتاب ابن السني بإسناد ضعيف من طريق فضالة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((إذا صلى أحدكم فليبدأ بتحميد الله والثناء عليه ثم يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يدعو بما شاء)) ، وأجاب عز الدين عن ذلك بقوله: كان عليه السلام يأتي بعد السلام بالأنكار المشروعة ثم يستغفر ثلاثا ثم ينصرف، وروي أنه كان يقول: ((رب قني عذابك يوم تبعث عبادك)). وسئل بعض متأخري التونسيين عن الدعاء دبر الصلاة والناس يؤمنون كما هي عادة الناس في البلاد وكذا بسط الكفوف في الدعاء فأجاب بأن ذلك بدعة اهـ وفي كتاب الأوائل: أول من أحدث الدعاء بعد الصلاة واستحسنه المهدي، ويحتمل أن يستند إلى قوله تعالى: ((فإذا فرغت فانصب وإلى ربك فارغب)).

وألف في المسألة أبو سعيد بن لب في هذه الهيئة وهي أن الإمام يدعو ويؤمن الحاضرون ويسمع المسمع إن كان تأليفا سماه لسان الأذكار والدعوات مما شرع أدبار الصلوات ضمنه حججا كثيرة على صحة ما الناس عليه في هذه الهيئة جملتها أن غاية ما يستند إليه المنكر أن التزام الدعاء على الوجه المعهود إن صح أنه لم يكن من عمل السلف؛ فالترك ليس بموجب للحكم في المتروك إلا جواز الترك وانتفاء الحرج فيه خاصة، وأما تحريم أو كراهة فلا؛ لا سيما فيما له أصل جملي كالدعاء، فإن صح أن السلف لم يعملوا به فقد عمل السلف بما لم يعمل به من قبلهم ممن هو خير؛ كجمع المصحف ثم نقطه وشكله ثم نقط الآي ثم الخواتم والفواتح وتحزيب القرآن والقراءة في المصحف في المسجد وتسميع المؤذن تكبير الإمام وتحصير المسجد عوض التحصيب وتعليق الثريات ونقش الدنانير والدراهم بكتاب الله وأسمائه. وقال عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور، وكذا يحدث لهم ترغيبات بقدر ما أحدثوا

من الفتور. وجاء: آفة العبادة الفترة، وفي القرآن: وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى. وفي تلك الهيئة فوائد: منها أن أكثر الناس لا يعرف ما يدعو به ويدعو بما لا يجوز وقد يلحن في الدعاء وقد لا ينبسط له وحده فإذا اجتمع عليه ارتفع المحذور، وأتى بأحاديث في الدعاء بآثر الصلوات، وتأول كلام السلف والعلماء في قيام الإمام من مجلسه إثر السلام اهـ

وسئل ابن عرفة عنها قال: سألتني بعض الواردين علينا من مدينة سلا منذ نحو من عشرة أعوام، والجواب أن إيقاعه إن كان على نية أنه من سنن الصلاة أو فضائلها فهو غير جائز؛ وإن كان مع السلامة من ذلك فهو باق على حكم الدعاء، والدعاء عبادة شرعية فضلها من الشريعة معلوم عظمه، ولا أعرف فيها في المذهب نصاً؛ إلا أنه وقع في العتبية كراهة مالك الدعاء بعد الصلاة قائماً؛ فمفهومه عدم كراهته جالسا، وفي العتبية كراهة مالك الدعاء عقب ختم القرآن، ولكن الأظهر عندي جوازه وقد وردت بذلك أحاديث من المصنفات كسنن النسائي وغيره لا يخلو بعضها من كون سنده صحيحاً. وخرج عبد الرزاق عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل أي الدعاء أسمع؟ قال شطر الليل الأخير وأدبار المكتوبة وصححه عبد الحق وابن القطان، وذكر الإمام الرواية المحدث بها أبو الربيع في كتاب مصباح الظلام عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من كانت له حاجة إلى الله فليسألها دبر الصلاة المكتوبة اهـ

وأجاب كثير تلامذته قاضي الجماعة بتونس أبو مهدي عيسى الغبريني فقال: الصواب جواز الدعاء بعد الصلاة على الهيئة المعهودة إذا لم يعتقد كونه من سنن الصلاة أو فضائلها أو واجباتها؛ وكذلك الأذكار بعدها على الهيئة المعهودة كقراءة أسماء الله الحسنى ثم الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم مرارا ثم الرضى عن الصحابة رضى الله عنهم وغير ذلك من الأذكار بلسان واحد، وقال الخطاب عن ابن مرزوق: لا خلاف في مشروعية الدعاء خلف الصلاة؛ فقد قال عليه الصلاة والسلام: ((أسمع الدعاء جوف الليل وأدبار الصلوات المكتوبة)) ، وخرج الحاكم على شرط مسلم من طريق حبيب بن مسلمة الفهري رضى الله عنه: ((لا يجتمع قوم مسلمون فيدعو بعضهم ويؤمن بعضهم إلا استجاب الله دعاءهم)). وقد أنكر جماعة كونه بعدها على الهيئة المعهودة من تأمين المؤذن بوجه خاص، وأجازه ابن عرفة والكلام في ذلك واسع. وقد ألف الشيخ أبو إسحاق الشاطبي فيه؛ ورام ابن عرفة وأصحابه الرد عليهم؛ وحجتهم في ذلك ضعيفة اهـ

وذكر ابن ناجي الكراهة عن القرافي ثم قال: واستمر العمل على جواز ذلك عندنا بإفريقية عليه وكان بعض من لقيه ينصره. واحتج من أجاز به بما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم علمني دعاء أدعو به في صلاة؛ فقال: ((قل اللهم ظلمت نفسي ظلما كثيرا ولا يغفر الذنوب إلا أنت فاغفر لي مغفرة من عندك وارحمني إنك أنت الغفور الرحيم)).

وحكى القاضي أبو الخطاب بن خليل حكاية عن عبد الله بن مجاهد العابد أن رجلا كان من عظماء الدولة وأهل الوجاهة فيها كان موصوفا بشدة الشطر وبسط اليد كان نزل في جوار ابن مجاهد وصلى خلفه في مسجده الذي كان يؤم فيه وكان ابن مجاهد لا يدعو في أخريات الصلوات تصميما في ذلك على المذهب المالكي وكان محافظا عليه، فكره ذلك منه ترك الدعاء وأمره أن يدعو فأبى وبقي على عادته في تركه الدعاء في أعقاب الصلوات، فلما كان بعض الليالي صلى ذلك الرجل العتمة في المسجد فلما انقضت الصلاة وخرج ذلك الرجل إلى داره؛ قال لمن حضره من أهل المسجد قد قلت لهذا الرجل يدعو بعد الصلوات فأبى فإذا كان في غدوة غد ضربت عنقه بهذا وأشار إلى سيف في يده، فخافوا على ابن مجاهد العابد من قوله لما علموا؛ فرجعت الجماعة بجملتها إلى ابن مجاهد فخرج إليهم فقال ما شأنكم؟ فقالوا والله لقد خفنا عليك من هذا الرجل وقد اشتد الآن غضبه في ترك الدعاء، فقال لا أخرج عن عادتي، فأخبروه بقوله أنه يقتله غدوة بسيفه؛ فقال لهم وهو مبتسم انصرفوا ولا تخافوا فهو الذي تضرب عنقه غدوة بذلك السيف بحول الله؛ ودخل إلى داره وانصرفت الجماعة، فلما كان الصبح من الغد وصل إلى دار الرجل قوم من عبيد المخزن وحملوه حمل المغضوب عليه وتبعه قوم من أهل المسجد ومن علم حاله البارحة وقول ابن مجاهد حتى وصلوا إلى دار الإمارة بباب جواهر إشبيلية وهناك أمر بضرب رقبتة فضربت بسيفه ذلك تحقيقا للإجابة وإثباتا للكرامة

اهـ

٤١٩	وهل دعا الأذنين ليلا والندا	لها بغير لفظه وما بدا
٤٢٠	من قول أصبح والله حمد	مستحسناً لا نعم ذا فاعتمد
٤٢١	لشاهد الشرع بأن الجنسا	معتبر فطب بذاك نفسا

أي اختلف في دعاء الأذنين أي المؤذن بالليل وفي النداء للصلاة بغير لفظ الأذان كتأهبوا وتحضروا؛ وفي التصبيح وهو قول المؤذن عند طلوع الفجر أصبح والله الحمد. قوله دعا مبتدأ، وقوله لها أي الصلاة، وقوله الذي بدا أي ظهر من قول المؤذن أصبح والله الحمد وقد حمد الله بقوله ذلك، وقوله مستحسناً خبر دعا وما عطف عليه أي هذه الثلاث مستحسناً أم لا؟ وقوله لا نعم هو جواب السؤال؛ أي قيل لا وقيل نعم، وقوله ذا فاعتمد أي نعم، وقوله لشاهد الشرع تعليل ذلك القول أي اعتمده لأجل أن الشرع شهد لجنسه بالاعتبار، ثم أكد الاعتبار والاعتماد بقوله فطب بذاك نفسا اهـ

قال البرزلي: ومما أنكره عمر الرجراجي الدعاء لصلوات الفرض بغير لفظ الأذان؛ وقد جرى به عمل الناس في الحواضر والأقاليم، وفي كتاب الجهاد من مسلم في حديث: ((ناد الصلاة جامعة)) ما حفظ للنووي: قال يؤخذ منه الجواز بالإيدان بالصلاة، وكذا قوله: ((ألا صلوا في الرحال في الليلة المطيرة))، وفي الأذكار: من الصلوات غير الفرائض ما يستحب أن يقال فيه الصلاة جامعة مثل العيد والاستسقاء والكسوف، ومنها ما لا يستحب فيه كسفن الصلوات والنوافل المطلقة، ومنها ما اختلف فيه كصلاة التراويح والجنائز، فظاهره مطلقاً حيث كان، وأحفظ لابن رشد: إنما ذلك عند أبواب المساجد لا داخلها. البرزلي: والأمر محتمل؛ قال: ومن الدليل العام على جواز الدعاء للصلاة بغير الأذان غير ما تقدم قوله عز وجل: وَمَنْ أَحْسَنُ قَوْلًا مِمَّنْ دَعَا إِلَى اللَّهِ لِأَنَّهَا نَزَلَتْ فِي الْمُؤَذِّنِينَ وَنَحْوِهِمْ، وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: ((ما من داع يدعو إلى هدى إلا كان له أجره وأجر من عمل به)) والدعاء إلى الصلاة هدى فتجب راجحيته، إلى غير ذلك مما يطول جلبه.

قال: ومما سمعت أيضاً أنه أنكره التأهب يوم الجمعة؛ وأمر بقطعه وجعله حراماً وبدع فاعله، وسمعت عليه أكثر من هذا، وهذا لم يقل به أحد من علماء الأمة؛ بل الناس فيه على مذهبين: فمنهم من كرهه لأنه لم يكن في زمنه عليه السلام ولا الخليفين بعده، ومنهم من استحسنته وراعى فيه

المعنى من الأذان قبل الفجر في صلاة الصبح للحرص على المبادرة بها أول الوقت، ولما ورد من الرغبة في التبكير والتهجير بما لم يكن في ذلك الزمن الأول لعدم المقتضي، فلما كان زمن عثمان رضي الله عنه ثبت المقتضي وهو كثرة الناس؛ فأحدث الأذان الثاني في الوضع الأول في الزمان ليجتمع الناس؛ فيكون الأذان الثاني الذي كان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم؛ وليس ذلك بخلاف السنة فأحدثه بالزوراء بالسوق؛ وهي دار له أمر المؤذن أن يعلو على سطحها وينادي ليتأهب الناس للصلاة ويجمعوا، واختلف في هذا الذي أحدثه عثمان رضي الله عنه؛ فمنهم من قال أنه كان يقول قبل الزوال الصلاة حضرت رحمكم الله؛ لا الأذان المجموع المعهود ويكون قبل الزوال، وروي عن ابن حبيب أنه أجاز الأذان قبل الزوال يوم الجمعة، والذي قبله شراح الرسالة عن عثمان رضي الله عنه؛ فهو نص في عين النازلة.

ثم قال البرزلي بعد كلام: والدليل على صحة ما ذهبنا إليه الثابت في الأمصار من الزمن الأول إلى هلم جرا؛ وضعه أصحاب علم الأوقات في الآتهم؛ ورسموه كما رسموا وقت الظهر والعصر، وكل ما يدل على الدعاء للصلاة مما قدمناه يدل على هذه. وقد رأيتهم بالقيروان يفعلون ذلك على منارها ثلاث مرات: الأولى يقول فيها تأهبوا للصلاة، والثانية اعزموا على الصلاة، والثالثة الصلاة حضرت، وبعد يصعد الإمام على المنبر، ويجعلون حينئذ من يطوف بالأسواق يحضر ويقوم الناس من حوانيتهم، والفقهاء متوافرون وفهموا من الشريعة أن هذا خفيف إذا لم يرد ما يخالفه من السنة والأعمال بالنيات.

قال: ومما أنكره أيضا لفظ التصبيح في الفجر؛ وقد بينا في هذا التقييد أن أول من اتخذ الإمام المهدي مستدلا عليه، وهذا لا يخلو إما أن ينكر الهيئة الاجتماعية من الأذكار قبل الصبح مع ذكر الإصباح أو إنما أنكر أصبح والله الحمد، فإن كان الثاني فقد تقدم أن بعض متأخري التونسيين قال هو بدعة كما قال هذا - يعني الرجراجي - وعندي أنها جائزة إذ لم يرد فيها من الشرع ما يمنعها بل ورد ما يدل عليها منها قوله في الحديث: ((إن بلالا ينادي بليل)) وقوله في ابن أم مكتوم كان أعمى ((لا ينادي حتى يقال له أصبحت أصبحت)) أي قاربت الصبح أو دخلت فيه، ووجه الأخذ منه أن ابن أم مكتوم فقد حاسة البصر فلا يرى الفجر فيخبر ويعين له أنه دخل في الصبح والنائم فقد حاسة البصر بل والتعيين الذي يدرك به الأشياء فينادي فيوقظه بذلك. ومنه ما كان عليه السلام يقوله: ((اللهم فالق الإصباح وجاعل الليل سكنا والشمس والقمر حسبانا اقض عني الدين وأغنني من

الفقر ومتعني بسمعي وبصري وقوتي في سبيلك)) وقوله تعالى: فالق الإصباح الآية، فاستنبط منه ما يقول المؤذن عند الفجر: اللهم فالق الإصباح بقدرته ومجري الرياح نشرا بين يدي رحمته وممسك السماء أن تقع على الأرض إلا بإذنه وقدرته إن الله بالناس لرؤوف رحيم إلى آخر ما يذكر من الأدعية والآي، وهذا أحسن في التذكير بينه الغافل والنائم ويهدي للخروج للجماعة، وكان النبي صلى الله عليه وسلم إذا مر بالرجل يقول له: قم يا نائم أو يحركه برجله.

وأما إن أنكر الهيئة المجموعة من الأذكار وغيرها؛ فقد حكى ابن سهل أنه حسن وإنما اختلف فقهاء الأندلس إذا كان يكثر من ذلك حتى يؤثر عند الجيران قلة النوم هل هي من ضرر الأصوات التي تمنع إذا طلب ذلك الجيران أم لا؟ والمعروف الذي أفتى به ابن عتاب والمسيلي وغيرهما جواز ذلك ولا ضرر فيه بل فيه التذكير؛ قال المسيلي: ما صنعه سليمان مأمور به من الدعاء وقراءة القرآن وتذكير الناس وتخويفهم قديم من فعل الصالحين والمسلمين الزهاد من أمصار المسلمين، وكان عروة بن أذينة يقوم بالليل فيصيح في الطرق ويخوفهم ويحضهم بقول الله تعالى: أَقَامِنَ أَهْلُ الْقُرَى أَنْ يَأْتِيَهُمْ بَأْسُنَا بَيَاتًا وَهُمْ نَائِمُونَ أَوْ أَمِنَ أَهْلُ الْقُرَى أَنْ يَأْتِيَهُمْ بَأْسُنَا ضُحًى وَهُمْ يُلْعَبُونَ، ثم يقبل على صلاته فيصلي حتى يصبح.

وأجاب ابن عتاب: ما احتسب على سليمان - أي ما أنكر عليه - أنه يقوم في جوف الليل ويؤذن على سطح المسجد ويبتهل في الدعاء ويتردد في ذلك؛ فليس في هذا حسبة إلا في القيام على سطح المسجد لما يتوقع من فسادة بالصعود عليه وقد أذن الله أن ترفع، والاحتساب على سليمان أي الإنكار عليه غير سائغ إذا ما ذكر الله وهو ينشرح إليه صدور أهل الإيمان وتطمئن إليه قلوبهم، ومتى عهد من أذن بالأسحار وابتهل بالدعاء والاستغفار أن يوقف مواقف الإنكار؟ أما سمع المحتسب أي المنكر عليه قول الله عز وجل: وَلَا تَطْرُدِ الَّذِينَ يَدْعُونَ رَبَّهُمْ بِالْغَدَاةِ وَالْعَشِيِّ يُرِيدُونَ وَجْهَهُ، وقد حكى مالك أن الناس في الزمن الأول كانوا عند خروجهم لأسفارهم يتواعدون لقيام القراء لقيامهم بالأسحار فيسمعون أصواتهم من كل منزل. وقال أيضا على ما يفعله الناس اليوم من التحضير أي قول المؤذن حضرت الصلاة: قد أخذ استنباط هذا الحكم من حديث أمر النبي صلى الله عليه وسلم بأن ينادى: الصلاة جامعة مع غيره من سائر الأحاديث وعمومات الكتاب والسنة المقتضية لذلك مثل قوله تعالى: وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى، وحديث ((والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه))، و((خياركم أنفعكم لأحبته))، وقوله: ((ما من داع يدعو إلى هدى إلا كان

له أجر من عمل به إلى يوم القيامة)). وأحفظ في سنن أبي داود أنه عليه السلام كان إذا خرج إلى الصلاة فيمر برجل إلا قال له قم أو حركه برجله؛ وقوله الصلاة حضرت يقصد به التثويب إلى الصلاة، النووي: كما هو عندنا اليوم، وأخذه من حديث الصلاة جامعة، وإجماع هذا القطر مع قطر المشرق على جواز هذا دليل واضح على صحته؛ لأن الشرع شهد باعتبار حسنه لا إغائه، وقد قال الحاكم المحدث في مستدركه: ما جرى عليه العمل من المتقدمين والمتأخرين من نقش الحجارة عند رؤوس الموتى دليل على أن ما ورد في ذلك من النهي ليس عليه العمل، فكيف بهذا الذي لم يرد فيه وإنما فيه كراهة مالك له على أصله خشية أن يعتقد من أحكام الصلاة أو من سننها أو من فضائلها كالأذان، كما كره صوم ست من شوال مع ورود الحديث الصحيح به، وكره التسمية في الوضوء على إحدى الروايات عنه، وقراءة يس عند المريض لتسهيل الموت وغير ذلك، فإذا سلم الإنسان من هذا الاعتقاد جاز لما يدل عليه من الأحاديث والآثار وثبوتها بالقياس على عكس العلة.

وأما قوله أنه بدعة وعموم القول في كونها ضلالة فهو خطأ بين؛ إذ الإجماع على أن من البدع ما هو حسن، وقال الأبي على قوله صلى الله عليه وسلم: ((من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد)) قال: ما ليس من أمره صلى الله عليه وسلم هو ما لم يسنه ولم يشهد الشرع باعتباره؛ فتناول المنهيات والبدع التي لم يشهد الشرع باعتبارها، وأما التي شهد الشرع باعتبار أصلها فهي جائزة وهي من أمره صلى الله عليه وسلم كالبدع المستحسنة كالاجتماع على قيام رمضان وكالتصبيح اليوم والتحضير والتأهيب؛ فإن الشرع شهد باعتبار جنس مصلحتها؛ فإن الأذان شرع لمصلحة الإعلام بدخول الوقت والإقامة شرعت للإعلام بالدخول في الصلاة، والتصبيح والتأهيب والتحضير من ذلك النوع لما في الثلاثة من مصلحة الإعلام بقرب حضور الصلاة؛ ولما في التأهيب من الإعلام بأنه يوم الجمعة لمن ليس عنده شعور بذلك، ويشهد لذلك زيادة عثمان رضي الله عنه أذانا بالزوراء يوم الجمعة على ما كان في زمنه صلى الله عليه وسلم وزمن الخلفيتين بعده، وإنما زاده لمصلحة المبالغة في الإعلام حين كثر الناس اهـ

وقال الخطاب في شرح قول خ: "إلا الصبح فبسدس الليل" فرع قال الجزولي: إنما شرع الأذان فقط؛ وأما غيره من الدعاء والتسبيح وغيره مما يقول المؤذنون فغير مشروع، ابن شعبان: بدعة اهـ وقال في المدخل: وينهى الإمام والمؤذنين عما أحدثوه من التسبيح بالليل وإن كان ذكرا حسنا

سرا وعلنا؛ لكن في المواضع التي تركها الشارع ولم يعين فيها شيئا معلوما، وقد رتب الشارع للصباح أذانا قبل طلوع الفجر وأذانا عند طلوعه، ثم ذكر أنه يترتب على ذلك مفسد: منها التشويش على من في المسجد يتهدد أو يقرأ، ومنها اجتماع العوام لسماع تلك الألحان فتقع منهم زعقات وصياح عند سماعها، ومنها خوف الفتنة بصوت الشبان الذين يصعدون على المنار للتذكار، ثم قال بعد ذلك: وينهى المؤذنون عما أحدثوه من التذكار ليلة الجمعة لما تقدم من أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعله ولا أمر به ولا فعله أحد بعده من السلف الماضين؛ بل هو قريب العهد بالحدوث؛ أحدثه بعض الأمراء وهو الذي أحدث التغني بالأذان. قال الحطاب: قلت وهذا الذي قاله خلاف ما ذكره ابن سهل عن ابن عتاب والمسيلي أنهما أجازا قيام المؤذن بعد نصف الليل بالذكر والدعاء وبيتهل، وذكر ابن دحون وابن جرج خلافا في ذلك وقالوا في مؤذن يقوم في جوف الليل ويؤذن وبيتهل في الدعاء ويتردد في ذلك إلى أن يصبح وقام عليه قائم وقال إن في ذلك ضررا على الجيران أنه يؤمر أن يقطع الضرر ويجري على ما كان عليه الناس من الأذان المعهود في الليل على ما كان من أفعال الصالحين.

وذكره ابن عرفة في باب إحياء الموات من مختصره؛ وجزم بأن قيام المؤذن آخر الليل بالذكر والدعاء مع حسن النية قربة، وجعل الخلاف في قيامه قبل ذلك ونصه: ورفع الصوت بالدعاء والذكر بالمسجد آخر الليل مع حسن النية قربة، وفي جوازه بعسيسة الليل بعد مضي نصفه نقلا ابن سهيل عن ابن عتاب محتجا بقول مالك بعدم منع صوت ضرب الحديد مع المسيلي وابن دحون مع ابن جرج محتجين بوجوب الاقتصار على فعل السلف الصالح انتهى بلفظه. وفي النوادر قال علي بن زياد عن مالك: وتنحج المؤذن في السحر محدث وكرهه اهـ وقال البرهان البقاعي الشافعي إن التسبيح مشروع لانطباق علة الأذان عليه؛ وهي قوله صلى الله عليه وسلم: ((لا يمنعن أحدكم أذان بلال من سحوره فإنه يؤذن ليرجع قائمكم ويوقظ نائمكم)) رواه الترمذي: وأيضا منذ كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا ذهب ثلث الليل قام فقال: ((يا أيها الناس اذكروا الله جاءت الراجفة تتبعها الرادفة جاء الموت بما فيه جاء الموت بما فيه)) رواه أحمد والترمذي وقال حسن صحيح والحاكم وصححه اهـ

ورد عليه الحافظ السخاوي بأن شيخ الإسلام أعلم المتأخرين بالسنة الحافظ ابن حجر لما نقل عن بعض الحنفية أن النداء قبل الفجر لم يكن بألفاظ الأذان وإنما كان تكبيرا وتسبيحا كما يقع للناس اليوم؛ قال: وهذا مردود لأن

الذي يصنعه الناس اليوم محدث قطعاً، وقد تضافرت الطرق على التعبير بلفظ الأذان، فحملة على معناه الشرعي مقدم، ولو كان الأذان الأول بألفاظ مخصوصة لما التبس على السامعين ومساق الخبر يقتضي أنه خشي عليهم الالتباس. وذكر أيضاً عن ابن المنير أن حقيقة الأذان جميع ما يصدر من المؤذن من قول وفعل وهيئة؛ وقال إنه غريب قال: ولو كان على ما أطلق لكان ما أحدث من التسييح قبل الصبح وقبل الجمعة ومن الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم من جملة الأذان؛ وليس كذلك لا لغة ولا شرعاً أهـ والحاصل أن التسييح والتذكار محدث قطعاً وإنما الخلاف هل هو بدعة مستحسنة أو مكروهة؟ فقال كثير من العلماء إنه بدعة مستحسنة في آخر الليل واختلفوا في فعله في نصف الليل كما تقدم والله أعلم .

ورد السخاوي على البقاعي في قوله إن حديث الترمذي صحيح؛ وقال إنه ليس في الترمذي أنه صحيح، وليس ذلك في نسخة ابن حجر ولا العراقي، قال: وفي تصحيح الحاكم له منازعة أهـ. وانظر كلام الحطاب في قول المؤذنين بمكة بعد الأذان الأول للصبح: يا دائم المعروف يا كثير الخير يا من هو بالمعروف معروف ويا ذا المعروف الذي لا ينقطع أبداً، وفي التثويب ومعناه فإنه أطال فيه النفس أهـ.

٤٢٢ وفي نفيير الصوم والبوق نقل تردد

أي تردد العلماء في نفيير الصوم وبوقه وأل خلف عن الضمير؛ يجعلون ذلك في شهر رمضان للإشفاق والسحور؛ هل فعل ذلك بدعة مستحسنة أو مستقبحة؟

وقد سئل عنها الغبريني وقد رأى السائل ذلك مجعولاً قريباً من داره لولادة نفاس؛ فقال الغبريني له أما رأيت في جامع الزيتونة؟ فقال السائل جامع الزيتونة لا يكون حجة إلا إذا أقره العلماء وأباحوه. وأجاب بعضهم عنها – وقد قال له السائل لم يجز البوقات في الأعراس إلا ابن كنانة وهذا ليس منها – بأن البوقات المنهي عنها لها لذة في النغمات وسماع الأصوات كما هي بالأندلس؛ أما هذه فهي أصوات مفزعة تفزع حتى الحمار؛ قال السائل: فقلت له الحمار يفزع من كل ما لم يألّف، ثم قال فحاصل أمرها أنها لم تترتب عليها مفسدة إلا إيقاظ النائم للسحور على ما ورد فيه من الفضل ومن قيام الليل؛ وأهل القرى استعملوها وذلك دليل على جوازها أهـ وقال ابن الحاج في المدخل: ينهى الإمام المؤذنين عما أحدثوه في شهر رمضان من التسييح لأنه لم يكن في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ولا أمر به ولم يكن من فعل من مضى، وعوائد الناس في التسييح مختلفة فمنهم من يسحر

بالآيات والأذكار على المواذن ومنهم من يسحر بالطبلة ومنهم من يسحر بدق الأبواب ويقولون قوموا وكلوا، ومنهم من يسحر بالطار والشبابة والغناء، ومنهم من يسحر بالبوق والنفير، وكلها بدع وبعضها أشنع من بعض، ورد على من يقول أنها بدع مستحسنة اهـ. قال: وذكر البرزلي ما يفعل عندهم من البوق والنفير في المنار في التسحير في رمضان ومال إلى جواز ذلك، وحاصل كلامه أن جميع ذلك أمور محدثة؛ منها ما هو حسن كالذكر والدعاء في آخر الليل والتثويب والتأهيب والتصبيح، ومنها ما هو جائز كالأبواق والنفير، وأنه ليس شيء منها حراماً، وأن غاية ما يقول المخالف فيها بالكرهية، وقد تقدم في كلام أبي عبد الله بن الحاج إنكار ذلك، والظاهر من مذهب مالك كراهة ذلك كله. وقال المنجوري: أصوب مما وقع في القيروان وتونس ما عليه أهل فاس من كون البوقات على سطح قريب من المنار؛ لا على المنار نفسه لما فيه من تعظيم حرمة الله .

٤٢٢ تأمل الذي عمل

٤٢٣ له من الأعلام والفتار والشبه زن وقسه بالمعيار

أي تأمل ما عليه العمل في قطر المغرب في أزمنة الناظم وما قاربها من جعل الأعلام في رأس صاري المنار عند دخول وقت الظهر والعصر والمغرب، وجعل الفئار عند دخول وقت العشاء والصبح. وقوله والشبه زن وقسه بالمعيار أي زن هذين وشبههما حتى تعلم بأي الجنسين تلحق هل بالبدع المستحسنة أو القبيحة؟ أي قسه بمعيار الشرع فإن اتزن بميزانه وقدر بمقداره فذلك من البدع الحسنة؛ وإلا فمن القبيحة.

ولعل الناظم تردد فيهما لكونه لم يجد لمن قبله فيهما كلاماً، والظاهر أنهما من جنس ما شهد الشرع له بالاعتبار كالدعاء للصلاة بغير لفظ الأذان، وقد قيل إن الأعلام والفئار المذكورين أحدثهما أبو عنان رحمه الله تعالى. وقال المنجوري: ويدل على الجواز في الفئار أن الصحابة رضوان الله عليهم تشاوروا بمحضر النبي صلى الله عليه وسلم قبل شرع الأذان فيما يجعل علماً على الوقت؛ فذكر بعضهم أن ينوروا ناراً، وبعضهم أن يضربوا ناقوساً، وقال آخرون: النار شعار اليهود والناقوس شعار النصارى فإن اتخذنا أحدهما التبتت أوقاتنا بأوقاتهم؛ فنزل شرع الأذان. وبيان الدليل من هذا أنهم عللوا الامتناع بالالتباس فيلزم من مقتضى عكس العلة الجواز حيث لا التباس اهـ

وقال الحطاب: أنكر صاحب المدخل تعليق الفئار في المنار علما على جواز الأكل والشرب في رمضان وجعلوا العلم على تحريمهما إذا أنزلوها، قال: وذلك يمنع لوجه: منها أن الصحابة رضي الله عنهم أرادوا أن يعلموا وقت الصلاة بأن ينوروا ناراً فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالأذان بدلاً من ذلك، ومنها أن في ذلك تغريراً بالصوم لأنه قد ينطفئ في أثناء الليل فيظن رائيه أن الفجر قد طلع فيترك الأكل والشرب، وقد ينساه من هو موكل به فيظن أن الفجر لم يطلع فيأكل ويشرب، فيفسد صومه اهـ.

٤٢٤	وكل ما يخلص للتعبد	أو كان غالباً بنية بدي
٤٢٥	إن كان ذا لبس وما تمحضا	أعني لمعقولية نحو القضا
٤٢٦	أو غلبت كنجس فلا افتقار	وفي سوى الشائبتين الاعتبار
٤٢٧	ونفيه وكان ما مصلحته	تحصل بالفعل فتنفى نيته
٤٢٨	وكل قرابة بلا لبس ترد	كذكر افتقارها لها فقد
٤٢٩	تمييز عادات بها أمر حتم	وفي العبادات تقرب علم

في هذه الأشياء أربع قواعد كلها في شأن النية: الأولى: كل ما تخلص للتعبد وتمحض له أو غلبت عليه شائبته وكان ذا لبس فإنه مفتقر للنية، وكل ما تمحض للمعقولية أو غلبت عليه شائبته فإنه لا يفتقر للنية، وفي استواء الشائبتين قولان باعتبار النية ونفيها. وإلى هذه أشار الناظم بقوله وكل ما يخلص إلى قوله أو نفيه؛ فكل مبتدأ وخبره بدئ، وبه يتعلق بنية، وقوله إن كان ذا لبس راجع إلى القسمين قبله، واحترز به مما لا لبس فيه كذكر الله تعالى ونحوه، وقد ذكر منطوقاً بقوله وكل قرابة بلا لبس ترد الخ؛ وقوله وما تمحضا إلى قوله ولا افتقار؛ ما موصول اسمي مبتدأ وخبره فلا افتقار، وأراد بقوله نحو القضا قضاء الدين. قال المقرئ: كل ما تمحض للتعبد أو غلبت شائبته فإنه يفتقر إلى النية كالصلاة والتميم، وما تمحض للمعقولية أو غلبت عليه شائبته فلا يفتقر كقضاء الدين وغسل النجاسة عند الجمهور، فإن استوت الشائبتان فليل كالأول لحق العبادة وقيل كالثاني بحكم الأصل، وعليهما الطهارة والزكاة والكفارة وغيرهما اهـ. ونص خ على افتقار الطهارة للنية اهـ وقال في الزكاة: "ووجب نيتها".

القاعدة الثانية في كلام الناظم: كل ما تحصل مصلحته بالفعل لا يفتقر إلى نية، أشار إليها بقوله وكل ما مصلحته . . البيت؛ وقال المقرئ: كل ما كانت صورة فعله كافية في تحصيل مصلحته فإنه لا يفتقر إلى نية كغسل النجاسة.

القاعدة الثالثة: كل قرابة لا لبس فيها لا تفتقر إلى نية؛ وقوله افتقارها لها فقد: ضمير افتقارها للقرابة، وضمير لها للنية. وقال المقرئ أيضا: القربات التي لا لبس فيها كالذكر والنية لا تفتقر إلى نية .

القاعدة الرابعة: النية إنما شرعت لتمييز العبادات من العادات بأن تكون العبادات للتقرب، قال المقرئ: النية في العبادات للتمييز والتقرب وفي غيرها للتمييز؛ كوصي أيتام لا ينصرف شراؤه لأحدهم إلا بالنية؛ ولا يترتب الثواب إلا على النية بخلاف براءة الذمة، أما ما يطلب الكف عنه فتركه يخرج عن عهده وإن لم يقصده ولا شعر به اهـ.

ولو قال المصنف بدل البيت الأخير: تميز عن عادة بها حتم لكان أبين؛ أي حتم بالنية تمييز عادة عن عادة اهـ وكما شرعت لذلك شرعت لتمييز مراتب العبادات في أنفسها؛ كالصلاة تنقسم إلى فرض ونفل؛ والفرض إلى فرض على الأعيان وفرض على الكفاية؛ وفرض مندور وفرض غير مندور.

تنبيه: استشكل ابن عبد السلام قولهم إن إزالة النجاسة لا تفتقر إلى نية – ومنه قول خ: "ويطهر محل النجس بلا نية" – مع قولهم: لا تزال إلا بالمطلق – ومنه قول خ: بطهور الخ – فإن الأول يدل على أنها معقولة المعنى والثاني يدل على أنها تعبد؛ فهذان القولان تناقضان، وأجيب عنه بأن إزالتها من باب المتروك وليس في الترك نية. وقد ذكروا في الكلام على النية في النضح أن التعبد فيما تقع به الإزالة لا يكون موجبا للنية؛ ألا تراهم قصرُوا الإزالة على الماء الطهور في المشهور وذلك تعبد لا تلزم النية معه؛ فكما لا تلزم النية في الغسل وإن كان متعبدا به فكذلك في النضح اهـ

٤٣٠	وفرض عين في الذي تكررا	نفع به غير كفاية يرى
٤٣١	في زر وجاهد قم بشرع واشهد	واقض وأم مر بعرف واردد
٤٣٢	سلاما أفت واحترف وادراً ومن	ميتا ورباط وافد وثق تؤتمن
٤٣٣	والظن كاف في السقوط والسنن	عين كفاية على ذاك السنن

وفي نسخة بدل البيتين الذين في الوسط الذين أولهما زر وجاهد الخ:

..... بالعرف مر أم سلاما اردد

ورباط أفت واحترف والميت من واحضن ووثق أفت وادراً تؤتمن

وهذه النسخة أولى لما فيها من زيادة الحضانة والمراد بها حضانة اللقيط كما يأتي اهـ

ذكر الناظم في هذه الأبيات الفرق بين الفرض العيني والكفائي في المأمورات؛ فقال إن فرض العين هو الذي تكرر النفع به وأما غيره وهو الذي لا يتكرر النفع به فهو فرض الكفاية، قوله غير كفاية مبتدأ وخبره؛ ويجوز أن يكون الخبر قوله يرى فينتصب كفاية به، وقوله في زر يتعلق بيري أي يعلم ويبصر في زر وما عطف عليه بحرف العطف وب حذفه؛ وقصد بذلك حصرها بالعد بعد أن حصرها بالحد، وقوله تؤتمن جواب زر وما بعده؛ أي افعل هذه الأشياء تجعل أميناً، وقوله والظن كاف في السقوط أي سقوط المأمور على الكفاية ولا يشترط فيه تحقق الوقوع، وقوله والسنن عين كفاية الخ السنن الأول بضم السين جمع سنة، والثاني بفتحها الطريق، أي كما يتصور العيني والكفائي في الواجبات فكذلك في السنن؛ فيقال سنة عين وسنة كفاية.

قال القرافي: الأفعال قسمان: منها ما تتكرر مصلحته ومنها ما لا تتكرر مصلحته بتكرره، فالأول شرعه صاحب الشرع على الأعيان تكثيراً للمصلحة بتكرر ذلك الفعل؛ كالصلوات الخمس فإن مصلحتها الخضوع لله تعالى وتعظيمه ومناجاته والتذلل له والمثول بين يديه والتفهم لخطابه والتأدب بآدابه؛ وهذه المصالح تكثر كلما كررت الصلاة. والقسم الثاني كإنقاذ الغريق إذا شاله إنسان فالنازل بعد ذلك إلى البحر لا يحصل شيئاً من المصلحة؛ فجعله صاحب الشرع على الكفاية نفياً للعبث في الأفعال، وكذلك كسوة العريان وإطعام الجوعان ونحوهما.

ثم إن الكفاية والأعيان كما يتصوران في الواجبات يتصوران في المندوبات كالأذان والإقامة والتسليم والتشميت وما يفعل بالأموال من المندوبات فهذه على الكفاية، والذي على الأعيان كالوتر والفجر وصيام الأيام الفاضلة وصلاة العيدين والطواف في غير الحج والصدقات.

ويكفي في سقوط المأمور على الكفاية ظن الفعل لا وقوعه تحقيقاً؛ فإذا غلب على ظن هذه الطائفة أن تلك فعلت سقط عن هذه، وإذا غلب على ظن تلك أن هذه فعلت سقط عن تلك، وإن غلب على ظن كل واحدة منهما فعل الأخرى سقط الفعل.

وقال المحلي - بعد أن ذكر القولين في كون فرض الكفاية على البعض وهو قول الفخر أو على الكل ويسقط بفعل البعض وهو قول الجمهور - : ثم مداره على الظن فعلى قول الفخر الذي أوجبه على البعض من ظن أن غيره لم يفعل وجب عليه ومن لا فلا، وعلى قول الجمهور أنه واجب على الكل من ظن أن غيره فعل سقط عنه ومن لا فلا اهـ واختار تاج الدين بن السبكي قول الفخر ودليله قوله تعالى: وَلَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ . . الآية. وقال المقرئ: كل واجب أو مندوب لا تتكرر مصلحته بتكرره فهو على الكفاية وإلا فعلى الأعيان؛ إلا لمعارض أرجح كصلاة الجنازة؛ لأن المطلوب بها صورة الشفاعة وقد حصلت؛ والإلحاح فيها مذموم عرفاً فيذم شرعاً، وأما المغفرة فأمر خفي لا يجوز أن يعتبر بنفسه بل مظنته على وجهها، وأيضاً فإن من يقول بتكررها - وهو الشافعي - يوافق على أنها لا تقع نفلاً بل فرضاً، وقد حصلت مصلحة الواجب في الصلاة الأولى إجماعاً، ثم قال: يكفي في سقوط المأمور على الكفاية ظن الفعل وإن لم يفعل البتة؛ بخلاف الأعيان على الصحيح، وليس سقوطه بالغير نيابة حتى تتعذر في الفعل البدني؛ بل التعذر حكمه الوجوب اهـ.

وعد الناظم من فروض الكفاية خمسة عشر:

الأول: زيارة الكعبة؛ وإليه أشار بقوله زر الخ أي في كل سنة؛ فلا يجوز أن يترك الناس كلهم زيارتها في عام من الأعوام إلا من عذر لا يستطيعون منه الوصول إليها نعوذ بالله من ذلك.

الثاني: الجهاد فإنه واجب على الكفاية؛ فيجب على الإمام غزاء العدو في كل سنة يخرج بها هو أو من ينوبه، وفرض على الناس في أموالهم وأنفسهم الخروج المذكور لا خروجهم كافة، والناقلة منه إخراج طائفة بعد أخرى وبعث السرايا وقت الغرة والفرصة.

الثالث: القيام بالعلوم الشرعية؛ قال تعالى: **قُلْ لَّا نَعْلَمُ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَّقُوا فِي الدِّينِ، وَعَنِ الشَّافِعِيِّ: العلم قسمان فرض عين وفرض كفاية؛ فرض العين علمك بحالك التي أنت فيها وفرض الكفاية ما عدا ذلك.** الرابع: تحمل الشهادة؛ أشار إليه بقوله **واشهد أي تحمل الشهادة، وأما أدائها فهو فرض عين من نحو البريدين إن كانا اثنين، ولا تحل إحالته على اليمين، فإن لم يجتز الحاكم باثنين فعلى الثالث؛ وفي خ: "والتحمل إن افتقر إليه فرض كفاية وتعين الأداء من كبريدين وعلى الثالث إن لم يجتز بهما".** الخامس: القضاء؛ وكان فرضاً لأنه لما كان الإنسان لا يستقل بأمور دنياه إذ لا يمكن أن يكون حراثاً طباخاً إلى غير ذلك من الصنائع المفتقر إليها احتاج إلى غيره، ثم بالضرورة قد يحصل بينهما التشاجر والخصام باختلاف الأغراض؛ فاحتيج إلى من يفصل تلك الخصومات ويمنع بعضهم من غرضه؛ وبهذا وجب نصب الإمام وإقامة الخليفة، لكن نظر الخليفة أعم إذا حد ما ينظر فيه القاضي، ولما كان هذا الغرض يحصل بواحد أو جماعة كان فرض كفاية؛ لأن ذلك هو شأن فرض الكفاية.

السادس: الإمامة الكبرى؛ فإنها فرض كفاية إن قام بها البعض سقطت عن الباقيين؛ وإن لم يقم بها أحد جرح بتركها فريقان: أحدهما أهل الحل والعقد والثاني كل من يصلح للإمامة. وأما إمامة الصلاة فهي تابعة لصلاة الجماعة؛ والمشهور أنها سنة مؤكدة وقيل فرض كفاية.

السابع: الأمر بالمعروف أي مع النهي عن المنكر؛ قال تعالى: **وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ، فالتغيير فرض كفاية إذا قام به في كل موضع من فيه غناء سقط الفرض عن الباقيين، نعم إن نصب لذلك أحد تعين عليه؛ كما يتعين الجهاد على من عينه الإمام.**

الثامن: رد السلام؛ فإذا سلم على الجماعة وقام بالرد واحد منهم سقط عن الباقيين، خلافاً لأبي يوسف في قوله لا بد من رد جميعهم.

التاسع: الفتوى؛ أشار إليه بقوله أفْت أي أيها المتأهل للفتوى، قال بعضهم: تتعين الفتوى على المفتي بأربعة شروط: كون السائل سأل عن واقعة دينية يخاف فواتها، وانفراد المستفتي، ومعرفة الجواب الصحيح عن اجتهاد أو تقليد، ومتى انخرم أحدها فالجواب فرض كفاية.

العاشر: الحرف المهمة كالحراثة والنجارة؛ أشار إليه بقوله احترف.

الحادي عشر: الدرء - بالبدال المهمة - مصدر فعل الأمر من قوله ادْرَأ أي ادفع الضرر في النفس والمال عمن لا يستحقه شرعاً؛ فهو فرض كفاية على من قدر عليه كدفع الصائل من إنسان أو بهيمة عن المصول إليه؛

وكالتخليص من الغرق فهو فرض كفاية لمن يحسن العوم؛ وكإعطاء الطعام للجوعان والماء للعطشان والخشب لتدعيم الجدار عند خوف سقوطه ونحو ذلك.

الثاني عشر: القيام بمؤن الميت كالغسل والصلاة والدفن؛ وإليه أشار بقوله ومن ميتا فعل أمر من مانه مخفف من مأنه؛ ولا خلاف في وجوب الدفن واختلف في وجوب الغسل والصلاة؛ والأصح عند جب الوجوب، وفي خ: "فصل في وجوب غسل الميت بمطهر ولو بزمرم والصلاة عليه كدفنه وكفنه وسنيتها خلاف".

الثالث عشر: الرباط؛ وفي الرسالة: والرباط في ثغور المسلمين وسدها وحياطتها واجب يحمله من قام به.

الرابع عشر: فداء أسارى المسلمين؛ قال ابن عرفة: فداء أسارى المسلمين فيه طرق: الأكثر واجب، الباجي: في وجوبه وكونه نفلا قول جمهور أصحابنا مع مالك؛ وقول أشهب في الفداء بالخمير لا يدخل في نفل بمعصية، ابن بشير: سماه نفلا لوجوبه على الكفاية لا الأعيان إلا أن يتعين.

الخامس عشر: التوثيق؛ وإليه أشار بقوله وثق أي اكتب الوثائق أيها الموثق فرضا كفايا إن كان كاتب سواك؛ وإن لم يوجد غيرك تعين عليك الكتب لقوله تعالى: **وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ**.

وقد تقدم عد الحضانة في نسخة الناظم من قوله: واحضن ووثق وافد وادراً تؤتمن. وفي جب: التقاط اللقيط فرض كفاية؛ ضيغ: لأن حفظ النفوس واجب، وكان على الكفاية لأن المقصود يحصل بواحد وذلك شأن فرض الكفاية اهـ

وزاد بعضهم في فروض الكفاية عيادة المرضى وتمريضهم وحضور محتضريهم ونصيحة المسلم وقد تدخل هذه في الدرء، ومما زادوه إطعام الجياع وستر العراة وهما داخلان في الدرء بلا شك، وزيد أيضا حفظ القرآن سوى الفاتحة اهـ

قلت - أي قال المختصر -: والظاهر دخوله في القيام بعلوم الشريعة. وفي خ: "الجهاد في أهم جهة كل سنة وإن خاف محاربا كزيارة الكعبة فرض كفاية ولو مع وال جائر على كل حر مكلف ذكر قادر كالقيام بعلوم الشرع والفتوى ودفع الضرر عن المسلمين والقضاء والشهادة والإمامة والأمر بالمعروف والحرف المهمة ورد السلام وتجهيز الميت وفك الأسير" اهـ فهذه ثلاثة عشر، ثم قال في اللقيط: "ووجب لقط طفل نبذ كفاية وحضانته" اهـ

وقال القرافي: وضبط الشريعة وإن كان فرض كفاية غير أنه يتعين له طائفة من الناس؛ وهي من جاد حفظهم وراق فهمهم وحسنت سيرتهم وطابت سريرتهم؛ فهؤلاء الذين يتعين عليهم الاشتغال بالعلم؛ فإن عديم الحفظ أو قليله أو سيئ الفهم لا يصلح لضبط الشريعة المحمدية، وكذلك من ساءت سريرته لا يحصل به الوثوق للعامة فلا تصلح به مصلحة التقليد فتضيع أحوال الناس اهـ

٤٣٤ درء المفسد مقدم على جلب المصالح فخذ ما نقلنا

هذا آخر أصول هذا النوع من القواعد وبه تمت قواعد الكتاب وهو سادس وخمسون؛ وأراد به أن الأمر إذا دار بين دفع المفسدة وبين جلب المصلحة فإنه يقدم دفع المفسدة؛ وهو صحيح إن لم يظهر رجحان الجلب اهـ والمراد بدرء المفسد دفعها اهـ قال المقرئ: عناية الشرع بدفع المفسد أشد من عنايته بجلب المصالح؛ فإن لم يظهر رجحان الجلب قدم الدرء، فيترجح ترك المكروه على فعل المندوب كإعطاء فقير من القرابة لا تلزمه نفقته وليس من عياله من الزكاة؛ وثالثها الإيحاء وهو للمالكية، والحرام على الواجب؛ كالإلقاء باليد إلى التهلكة في الحج بخلاف الشبهة. قال الغزالي: أكثر العلماء على وجوب طاعة الأبوين في الشبهة دون الحرام، وقد كره مالك قراءة السجدة في الفريضة لأنها تشوش على المأموم؛ فكرهها للإمام ثم للمنفرد حسما للباب؛ والحق الجواز للحديث كالشافعي، وكره الانفراد بقيام رمضان إذا أفضى إلى تعطيل إظهاره أو تشويش خاطره، ونهى الشرع عن إفراد يوم الجمعة بالصوم لئلا يعظم تعظيم أهل الكتاب للسبت وأجازه مالك؛ قال الداودي: لم يبلغه الحديث وقد كره ترك العمل فيه لذلك، وكره إتباع رمضان بست من شوال وإن صح فيه الخبر لتوقع ما وقع بعد طول الزمان من إيصال العجم الصيام والقيام وكل ما يصنع في رمضان إلى آخرها واعتقاد جهلتهم أنها منه والمؤمن ينظر بنور الله.

وقال المقرئ أيضا: مراعاة درء المفسد أهم من مراعاة جلب المصالح إلا بمنفصل؛ ومن ثم منع محمد شركة المفاوضة؛ وعن مالك والنعمان بيان ترجيح مصلحتها، والنكته في هذا الباب أن المقصود الأول من الشركة أن يكون عملها أفضل من عمل كل واحد منهما منفردا؛ وهذا إنما يوجد بأن لا يكون في صورتها غبن على أحدهما؛ ومن ثم منع مالك شركة الوجوه مطلقا والأبدان في صنعتين أو موضعين خلافا للنعمان فيهما، وأن تكون بحيث يكون عمل كل واحد منهما في مال صاحبه كعمله في مال نفسه؛ وهذا إنما يكون مع الخلط فإن دواعي النفوس لا تتحرك إلى تثمير مال

الغير كما تتحرك إلى تثمير مال النفس؛ فالتثمير ينحل بهذا المقصود؛ ومن ثم منع محمد شركة الأبدان لأن المنافع لا تختلط وشركة المفاوضة اهـ وفي كراهة تعمد قراءة السجدة في الفريضة يقول في خ - عاطفا على المكروه - : "وتعمدها بفريضة" اهـ ومن مفسدها توهم العوام زيادة ركعة في الصلاة التي قرئت فيها، قال شهاب الدين: شاع عند عوام مصر أن الصبح ركعتان إلا في الجمعة فإنه ثلاث ركعات؛ لأجل أنهم يرون الإمام يواظب على قراءة السجدة يوم الجمعة ويسجد ويعتقدون أن تلك ركعة أخرى واجبة. وسد هذه الذرائع يتعين في الدين، وكان مالك شديد المبالغة فيها اهـ.

قال الأبى: ومضى عمل الشيوخ بالجامع الأعظم من تونس على قراءتها في صبح الجمع كما ذكر شهاب الدين عن أهل مصر والأكثر من جماعة الجامع الأعظم بتونس؛ وذلك للأمن من التخليط حتى صار ترك قراءتها موجبا للتخليط انتهى.

وقول الناظم فخذ ما نقلنا راجع لجميع المنقول في هذا الرجز وفيه إيذان بتمام النظم؛ ويسمى ذلك عند أهل البديع براعة الاختتام.

٤٢٥ هذا تمام المنهج المنتخب جمعته من أمهات الكتب

٤٢٦ لقطت منها دررا ثمينه مما انتمى لعالم المدينه

هذا أي المذكور قبله تمام نظمي المسمى المنهج المنتخب، واقتضى قوله جمعته من أمهات الكتب أي التي يرجع إليها في الفقه أنه لم يسبق إلى جمع ذلك، والدرر جمع درة وهي الجوهرة العظيمة، والثمينة ذات الثمن الكثير، وانتمى انتسب، وعالم المدينة هو إمامنا إمام الأئمة مالك بن أبي عامر الأصبحي؛ وعليه حمل كثير من العلماء قوله صلى الله عليه وسلم: ((يوشك أن يضرب الناس أكباد الإبل يطلبون العلم فلا يجدون عالما أعلم من عالم المدينة)) وهذا اللفظ قال الحطاب: خرج الترمذي عن أبي هريرة؛ قال: وذكره في المدارك بروايات متعددة؛ ففي رواية أباط الإبل مكان أكباد الإبل، وفي رواية لا تنقضي الساعة حتى يضرب الناس من كل ناحية إلى عالم المدينة يطلبون علمه، قال: وقد تأوله الأئمة على مالك؛ حتى إذا قيل هذا قول عالم المدينة علم أنه المراد، وقال سفيان: كانوا يرونه مالكا، قال ابن فهر: يعني سفيان بقوله كانوا التابعين اهـ والله تعالى أعلم.

٤٣٧	فالحمد لله على الإنعام	بالفضل والرحمة والختام
٤٣٨	أحمده بأبلغ التحميد	شكرا على كلمة التوحيد
٤٣٩	إذ خير ما فاهت به الأفواه	إخلاص لا إله إلا الله
٤٤٠	سبحانه بالغ في الإنعام	إذ عمنا بنعمة الإسلام
٤٤١	وخصنا بالمصطفى محمد	إذ لم نكن لولا هداه نهتدي
٤٤٢	ثم أصلي دائما على الهدى	والآل والصحب ومن قد اهتدى
٤٤٣	وأسأل الله به نيل المنى	ويرحم الرحمان عبدا أمنا

قوله بالفضل يتعلق بالإنعام لأنه مصدر أنعم، والختم ختم هذا الرجز وإتمامه، والتحميد المبالغة في الحمد مصدر حمد بالتشديد؛ ومنه سمي نبينا محمد صلى الله عليه وسلم لأنه يكثر حمد الناس له لكثرة خصال الحمد فيه صلى الله عليه وسلم، وفي جعل الإخلاص خير ما فاهت به الأفواه مبالغة فيه كأنه نطق به وأدرك بحاسة السمع؛ وإلا فالإخلاص محله القلب، وفيه أيضا الإشارة إلى أن المعتبر الإخلاص وأن النطق بدونه لا عبرة به، وعمنا يعني معشر المسلمين فيدخل من أسلم من الأمم السابقة، أو عمنا معشر هذه الأمة المحمدية؛ وهو أولى لقوله وخصنا يعني معشر هذه الأمة من بين سائر الأمم أو سائر المسلمين بالمصطفى أي الخالص أي المختار من الخلق محمد صلى الله عليه وسلم؛ إذ في هذا الوجه إيهام التضاد وهو إثبات العموم والخصوص للشيء الواحد.

والهدى بضم ففتح هو محمد صلى الله عليه وسلم، وهو في الأصل مصدر هداه السبيل أي أرشده، قال شارح دلائل الخيرات: إلا أن الهدى قد يكون لازما بمعنى الاهتداء وهو وجدان الطريق الموصل إلى المطلوب، ويقابله الضلال وهو فقدان الطريق الموصل، وقد يكون متعديا بمعنى الدلالة على الطريق ويقابله الإضلال بمعنى الدلالة على خلافه، أي يحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم سمي هدى من الأول اللازم؛ وذلك لما اجتمع فيه من الهدى بمعنى الرشد والتوفيق الذي لم يجتمع في مخلوق؛ وسمي بالمصدر مبالغة، ويحتمل أنه سمي به من الثاني لما كان صلى الله عليه وسلم هاديا من اتبعه ومن تبعه فقد اهتدى ورشد؛ سمي لذلك هدى وكان هو نفس الهدى والله أعلم اهـ. وأسأل الله به أي متوسلا بالهدى محمد صلى الله عليه وسلم،

ويحتمل أن يعود الضمير على الله فيكون سأل الله متوسلاً به إليه عز وجل،
وعبداً أمناً أي قال آمين؛ فالألف لإطلاق القافية، وإنما طلب ذلك لما ورد
في الفضل والدعاء باستجابة الدعاء في ختمه بآمين.

فهذا ختام هذا الشرح؛ ختم الله لنا ولأحببتنا بالحسنى وبوأنا ووالدينا وسائر
المسلمين المقر الأسنى. صلى الله على سيدنا ونبينا ومولانا محمد
المصطفى الكريم وعلى آله وصحابه نبي القدر العظيم والحمد لله الذي
بذكره ينال الثواب الجسيم اهـ.

انتهى بحمد الله وحسن عونه والصلاة والسلام على محمد وآله وصحبه
آمين .